

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DIREITO ADMINISTRATIVO COMTEMPORÂNEO

COORDENAÇÃO

LILIAN ROSE LEMOS ROCHA

ORGANIZAÇÃO

ISRAEL ROCHA LIMA MENDONÇA FILHO
JOSÉ RAMALHO BRASILEIRO JUNIOR
ANA CAROLINA RODRIGUES DE SOUZA SILVA
IAN FERRARE MEIER
LUCAS PRUDENTE RIBEIRO MARTINS
GABRIELA FERNANDES COLNAGO
POLIANE CARVALHO ALMEIDA
JEFFERSON SEIDY SONOBE HABLE
RAMON FRANCO ARAÚJO DOS SANTOS
JOÃO VICTOR ORLANDI ZANETTI
ARTHUR HENRIQUE AGUIAR DANTAS

Coordenação
Lilian Rose Rocha Lemos

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO

Organização

**Israel Rocha Lima Mendonça Filho
José Ramalho Brasileiro Junior
Ana Carolina Rodrigues de Souza Silva
Ian Ferrare Meier
Lucas Prudente Ribeiro Martins
Gabriela Fernandes Colnago
Poliane Carvalho Almeida
Jefferson Seidy Sonobe Hable
Ramon Franco Araújo dos Santos
Joao Victor Orlandi Zanetti
Arthur Henrique Aguiar Dantas**

**Brasília
2021**



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - CEUB

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD

Diretor

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor Técnico

Rafael Aragão Souza Lopes

Diagramação

Biblioteca Reitor João Herculino

Capa

CEUB

Documento disponível no link

repositorio.uniceub.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno de pós-graduação em direito: direito administrativo contemporâneo. / coordenador, Lilian Rose Rocha Lemos. – Brasília: CEUB; ICPD, 2021.

114 p.

ISBN 978-65-87823-78-2

1. Direito administrativo. I. Centro Universitário de Brasília.
- II. Título.

CDU 342.9.1

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – CEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

Tel. (61) 3966-1335 / 3966-1336

Pioneirismo sempre foi uma característica do CEUB; outra característica é a evolução permanente. A Instituição sempre acompanhou a evolução tecnológica e pedagógica do ensino. Isso se coaduna com a filosofia institucional que é a de preparar o homem integral por meio da busca do conhecimento e da verdade, assegurando-lhe a compreensão adequada de si mesmo e de sua responsabilidade social e profissional. Destarte, a missão institucional é a de gerar, sistematizar e disseminar o conhecimento visando à formação de cidadãos reflexivos e empreendedores, comprometidos com o desenvolvimento socioeconômico sustentável.

E não poderia ser diferente. Com a expansão do conteúdo acadêmico que se transpassa do físico para o virtual, do local para o universal, do restrito para o difundido, isso porque o papel não é mais apenas uma substância constituída por elementos fibrosos de origem vegetal, os quais formam uma pasta que se faz secar sob a forma de folhas delgadas donde se cria, modifica, transforma letras em palavras; palavras em textos; textos em conhecimento, não! O papel se virtualiza, se desenvolve, agora, no infinito, rebuscado de informações. Assim, o CEUB acompanha essa evolução. É dessa forma que se desafia o leitor a compreender a atualidade, com a fonte que ora se entrega à leitura virtual, chamada de ebook.

Isso é resultado do esforço permanente, da incorporação da ciência desenvolvida no ambiente acadêmico, cujo resultado desperta emoção, um sentimento de beleza de que o conteúdo científico representa o diferencial profissional.

Portanto, convido-os a leitura desta obra, que reúne uma sucessão de artigos que são apresentados com grande presteza e maestria; com conteúdo forte e impactante; com sentimento e método, frutos da excelência acadêmica.

João Herculino de Souza Lopes Filho
Diretor ICPD/CEUB

SUMÁRIO

A PROMOÇÃO DO OFICIAL DA ATIVA DA FORÇA AÉREA BRASILEIRA COMO ATO ADMINISTRATIVO E A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: DA MITIGAÇÃO DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES AO RISCO À HIERARQUIA E DISCIPLINA	05
---	-----------

Diego Marques Gadia

A DESAPROPRIAÇÃO PARA AS GERAÇÕES FUTURAS: UM OLHAR COM FOCO NO MEIO AMBIENTE	36
--	-----------

Ana Carolina Coelho Santos

APONTAMENTOS SOBRE A LEI 8.429/1992 (LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA) E SOBRE A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA PREVISÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA MODALIDADE CULPOSA	52
---	-----------

Patrícia Ferreira Lopes Pimentel Telles de Vasconcellos

A DESAPROPRIAÇÃO AGRÁRIA DO IMÓVEL RURAL PRODUTIVO	98
---	-----------

Emanoel Gonçalves de Carvalho

DISCRICIONARIDADE E CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS	107
---	------------

Letícia de Amorim Pereira

A PROMOÇÃO DO OFICIAL DA ATIVA DA FORÇA AÉREA BRASILEIRA COMO ATO ADMINISTRATIVO E A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: DA MITIGAÇÃO DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES AO RISCO À HIERARQUIA E DISCIPLINA

THE PROMOTION OF THE BRAZILIAN AIR FORCE ACTIVE OFFICIAL AS AN ADMINISTRATIVE ACT AND THE INTERVENTION OF JUDICIAL POWER: FROM THE MITIGATION OF THE PRINCIPLE OF THE SEPARATION OF POWERS TO RISK TO HIERARCHY AND DISCIPLINE

Diego Marques Gadia¹

RESUMO

O presente artigo, por intermédio da metodologia prescritiva e com base na legislação e na doutrina pátrias, temo objetivo de analisar o instituto da promoção do Oficial da Força Aérea Brasileira na qualidade de ato administrativo e a consequente intervenção do Poder Judiciário. Verifica-se que a ordenação da autoridade, no seio da hierarquia militar, em vários níveis, operacionaliza-se também por meio do ato administrativo denominado “promoção”. Promoção e hierarquia estão umbilicalmente relacionadas dentro das Forças Armadas. A promoção, enquanto direito do militar previsto no art. 50, “m”, do Estatuto dos Militares (Lei nº

¹ Oficial do Quadro de Oficiais de Apoio da Força Aérea Brasileira. Aluno do Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Novas Tendências do Direito Público do Centro Universitário de Brasília – CEUB. Email: diegomgadiaz@gmail.com

6.880/80), possui tratamento mais específico na Lei nº 5.821/72 (dispõe sobre as promoções dos oficiais da ativa das Forças Armadas). Trata-se de lei especial que estabelece critérios de promoção, tais como antiguidade, merecimento, escolha, bravura ou post mortem. A promoção deve ser seletiva, gradual e sucessiva e fundamentada principalmente nos valores moral e profissional, de modo a obter-se um fluxo regular e equilibrado de carreira para os militares, valores esses que devem ser analisados pela Comissão de Promoções de Oficiais. Nessa linha, constata-se que a promoção dos oficiais da Força Aérea Brasileira é ato administrativo praticado no exercício da competência discricionária, o que significa dizer que a sua realização depende do preenchimento de requisitos objetivos e subjetivos. Afóra os casos possíveis de intervenção judicial, quando constatados vícios nos elementos objetivos competência, forma e finalidade, carece de legitimidade tal intervenção demasiada no mérito administrativo. Nota-se, também, que a interferência na promoção, por órgão diverso daquele existente na estrutura da Força, no caso, o Judiciário, empobrece o espírito da disciplina e hierarquia, na medida em retira da autoridade militar a responsabilidade pela condução da tropa.

Palavras-chave: Forças Armadas. Promoção. Intervenção Judicial.

ABSTRACT

This article, through the prescriptive methodology and based on national legislation and doctrine, aims to analyze the institute for the promotion of the Brazilian Air Force Officer as an administrative act and the consequent intervention by the Judiciary. It appears that the ordering of authority, within the military hierarchy, at various levels, is also operationalized through the administrative act called "promotion". Promotion and hierarchy are umbilically related within the Armed Forces. Promotion, as a military right provided for in art. 50, "m", of the Military Statute (Law 6.880/80), has more specific treatment in Law 5.821/72 (provides for the promotions of active officers of the Armed Forces). This is a special law, which establishes criteria for seniority, merit, choice, bravery or post-mortem. The promotion must be selective, gradual and successive and based mainly on moral and professional values, in order to obtain a regular and balanced career flow for the military, values that must be earned by the Official Promotions Commission. In this line, it appears that the promotion of the officers of the Brazilian Air Force is an administrative act practiced in the exercise of discretionary competence, which means to say that its realization depends on the fulfillment of objective and subjective requirements. Aside from the possible cases of judicial intervention, when defects in the elements of competence, form and purpose are found, such intervention in administrative merit lacks legitimacy. It is also noted that interference in promotion, by an organ other than that existing in the Force structure, in this case, the Judiciary, impoverishes the spirit of discipline and hierarchy, in as much as it removes the military authority from the responsibility for leading the troops.

Keywords: Army. Promotion. Judicial Intervention.

1 INTRODUÇÃO

As Forças Armadas brasileiras, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais, permanentes e regulares, organizadas com base na disciplina e na hierarquia, sob o comando supremo do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos Poderes constitucionais, e por iniciativa de quaisquer destes, da lei e da ordem, tal é a dicção do art. 142 da Constituição Federal de 1988.

Dizem-se “instituições nacionais”, pois defendem o Estado Brasileiro, impedindo que qualquer Estado da Federação crie sua própria Força Armada; “permanentes” porque não podem ser suprimidas pelo legislador ordinário; “regulares”, pois renovam sua tropa anualmente. A hierarquia e a disciplina, como pilares fundamentais, permitem o harmonioso funcionamento das instituições militares, sem os quais sucumbiriam diante do perigo real, por inércia ou desordem², colocando em risco o próprio Estado de Direito, já que são as únicas instituições legitimadas ao uso do poderio bélico.

A hierarquia militar, a seu turno, é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antiguidade no posto ou na graduação.³

Verifica-se que a ordenação da autoridade, no seio da hierarquia militar, em vários níveis, concretiza-se por meio do ato administrativo denominado “promoção”. Promoção e hierarquia estão, portanto, umbilicalmente relacionadas dentro das Forças Armadas.

A promoção, enquanto direito do militar previsto no art. 50, “m”, do Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/80), possui tratamento mais específico na Lei nº 5.821/72 (dispõe sobre as promoções dos oficiais da ativa das Forças Armadas). Trata-se, essa

² Jorge, A.W.D.M.B.P. M. Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2009. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3831-4/>. Acesso em: 07 Abr 2021.

³ Lei Federal nº 6.880/80: “Art. 14, § 1º: A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antiguidade no posto ou na graduação. (...)”

última norma (apesar de anterior ao vigente Estatuto), de lei especial, a qual condiciona a promoção a diversos requisitos.

Urge compreender, assim, se a promoção, enquanto ato administrativo, é ato praticado no exercício da competência vinculada ou discricionária, o que irá certamente influenciar no entendimento das questões atinentes à mitigação da teoria da separação dos poderes, por ocasião da interferência do Poder Judiciário em competência do Poder Executivo.

Dessa forma, o presente artigo pretende analisar o instituto da promoção dos oficiais da Força Aérea Brasileira sob a perspectiva dos requisitos do ato administrativo em face das intervenções judiciais e a consequente ofensa ao princípio da separação dos poderes, assim como à hierarquia e disciplina.

Nesse prisma, faz-se necessário compulsar a história para resgatar a origem da teoria da separação dos poderes, consagrada na Carta de 1988 pelas clássicas funções executiva, legislativa e judiciária, independentes e “harmônicas” entre si.

Conforme assevera Dirley da Cunha Junior⁴, “o fenômeno da separação dos poderes não é senão o fenômeno da separação das funções estatais, que consiste na forma clássica de expressar a necessidade de distinguir e controlar o exercício do poder político entre distintos órgãos do Estado”.

Mas a intervenção do Poder Judiciário em atos de promoção da Força Aérea Brasileira não representa apenas uma forma de mitigar o princípio da separação dos poderes. Quando adentra ao mérito administrativo das decisões da Comissão de Promoções, um órgão colegiado formado por vários oficiais -gerais, atenta contra dois princípios fundamentais, pilares de sustentação das Forças Armadas: a disciplina e a hierarquia.

Desse modo, o presente ensaio, longe de pretender esgotar o assunto, lança luzes sobre esse importante tema, de sorte a contribuir com a comunidade acadêmica e a sociedade como um todo, pois, tão importante quanto preservar a promoção como um direito do militar, é também a garantia de que os princípios limitadores do

⁴ JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

poder, da teoria de Montesquieu, bem assim aqueles fundamentais para a existência das Forças Armadas – hierarquia e disciplina – não sejam maculados.

Além disso, vale ressaltar que o acesso na hierarquia militar, mediante a promoção, representa importante garantia para o Estado Democrático de Direito, na medida em que permite a permanência nas fileiras das Forças Militares de agentes públicos altamente capacitados, em consonância com os primados mais caros do direito administrativo, previstos no art. 37, *caput*, da Carta Maior, mormente os da moralidade e eficiência.

Insta salientar, por fim, que o direito administrativo militar é ramo do direito bastante alienígena nas faculdades de direito do Brasil, com escassa bibliografia sobre o tema, tornando a presente pesquisa ainda mais desafiadora.

Assim, para desvendarmos o problema que nos apresenta, após essa breve introdução, apresentaremos, no segundo capítulo, um rápido retrospecto legislativo da promoção, seu conceito como ato administrativo, além dos seus requisitos e condições. No terceiro capítulo, à luz da lei de promoções dos oficiais da ativa das Forças Armadas, o estudo se volta para a categoria do ato: se a promoção se reveste de discricionariedade ou estrita vinculação. No quarto capítulo, resta-nos analisar a mitigação da teoria da separação dos poderes com enfoque na promoção; no quinto e último capítulo, revelaremos o risco à hierarquia e disciplina em razão da promoção de oficial efetivada por decisão judicial.

2 A PROMOÇÃO: BREVE HISTÓRICO, CONCEITO E CONDICIONANTES

O estudo da promoção no direito administrativo militar nos convida, inicialmente, a um olhar voltado ao passado, e mais especificamente, ao diploma que originalmente condensou os direitos e deveres militares. Para Jorge Cesar de Assis⁵, a tarefa não é simples:

A missão de desmistificar a origem histórica do Estatuto dos Militares é tarefa árdua. Muito embora os direitos e deveres referentes aos homens das armas tenham sido regulamentados

⁵ Assis, J. C. Estatuto dos Militares Comentado: Lei 6.880, de 09 de dezembro de 1980. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 13

desde a antiguidade clássica, sua previsão em um Código normativo único, ao menos no direito português, é recente. No Brasil, muito embora a independência tenha sido proclamada em 1822, apenas há notícia do primeiro Estatuto no ano de 1941.

O Estatuto a que se refere o nobre autor foi o Decreto-Lei⁶ nº 3.084, de 01.03.1941. No seu art. 119, dispunha da seguinte redação: “a promoção nas forças armadas opera-se pela seleção de valores físicos, intelectuais e morais dos seus elementos profissionais.” De notar as expressões dotadas de certa subjetividade, como “valores morais” e “elementos profissionais”, as quais, como tomaremos nota mais à frente, permaneceram consignadas na legislação atual.

Prevía-se, também, os critérios de promoção, ou princípios de promoção, como foram chamadas as promoções por antiguidade, merecimento e escolha (art. 122), além da promoção por bravura em caso de guerra (art. 123) ou luta interna (art. 124), ou ainda, post mortem (art. 124, § 1º).

O art. 127, § único, do diploma embrionário, por sua vez, salientava o seguinte:

Art. 127. O merecimento para a promoção é constituído pelo conjunto de condições morais, físicas, intelectuais e profissionais definidas nos regulamentos.

Parágrafo único. O merecimento do oficial é avaliado praticamente:

1º Pelo dom que possui de inspirar respeito e confiança, e de se fazer obedecer sem hesitação; dom caracterizado pela energia do caráter, pelo amor à verdade, pelo hábito de falar pouco, porém com decisão, e de corrigir erros e falhas sem emoção nem violência;

2º Pelo domínio de si próprio.

É interessante notar que o oficial que não possuísse “domínio de si próprio” não poderia ser promovido pelo critério de merecimento, conceito dotado de certa complexidade. Registra-se, ainda, que o Estatuto dos Militares de 1941, ao tratar de promoção, não a incluiu no rol dos “direitos dos militares”, previstos no então art. 67, em que pese o art. 129, *caput*, mencionar que “o direito à promoção por

⁶ Brasil. Decreto-Lei nº 3.084, de 01/03/1941. Estatuto dos Militares. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/>. Acesso em: 09 abr. 2021.

antiguidade é assegurado desde o dia em que se verifica a vaga a que corresponde a promoção”.

O Decreto-Lei nº 3.084, de 01.03.1941, logo fora revogado pelo Decreto-Lei⁷ nº 3.864, de 12.12.1941, o qual, praticamente, manteve a redação da norma anterior, também deixando de vincular a promoção ao rol dos direitos do militar.

Foi somente com o Decreto-Lei⁸ nº 9.698, de 02.09.1946, que a promoção recebeu status de direito do militar, ao ser incluída no rol dos direitos dos militares, nos termos do art. 34, “i”. E, a partir desta norma, as disposições sobre as promoções dos oficiais no âmbito das Forças Armadas passaram a ser disciplinadas em diplomas específicos, porém separados por Força, dada a peculiaridade do tema.

A ratificar o expendido acima, foi publicada a Lei⁹ nº 2.657, de 01.12.1955, dispondo sobre as promoções dos oficiais do Exército; a Lei nº 4.822, de 29.10.65¹⁰, estabeleceu princípios, condições e critérios básicos para as promoções dos oficiais da Marinha do Brasil. Ressalta-se a existência, no normativo aplicado à Marinha, de condições mínimas, essenciais e indispensáveis para promoção, previstas no art. 19, entre elas, a “idoneidade moral” (art. 19, “b”). Tal idoneidade moral deveria ser “apurada pelo Conselho de Promoções de Oficiais, ou pelas Comissões de Promoções, em face de partes ou informações regulamentares”, nos termos do art. 22.

Destaca-se, também, a Lei¹¹ nº 5.020, de 07.06.1966, disciplinando as promoções dos oficiais da ativa da Aeronáutica. No art. 21, estabeleceu que “para a promoção por qualquer dos princípios é necessário que o oficial possua, como requisitos essenciais, o interstício, a aptidão física, o conceito moral e profissional e as condições peculiares a cada posto e quadro”. E, no que diz respeito à promoção

⁷ Brasil. Decreto-Lei nº 3.864, de 12/12/1941. Estatuto dos Militares. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/>. Acesso em: 09 abr. 2021.

⁸ Brasil. Decreto-Lei nº 9.698, de 02/09/1946. Estatuto dos Militares. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De19698.htm. Acesso em: 09 Abr. 2021.

⁹ Brasil. Lei nº 2.657, de 01/12/1955. Regula as promoções dos oficiais do Exército. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L2657.htm. Acesso em: 09 Abr. 2021.

¹⁰ Brasil. Lei nº 4.822, de 29/10/1965. Regula as promoções dos oficiais da Marinha do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14822.htm. Acesso em: 09 Abr. 2021.

¹¹ Lei nº 5.020, de 07/06/1966. Dispõe sobre as promoções dos oficiais da ativa da Aeronáutica e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/15020.htm. Acesso em: 09 Abr. 2021.

por merecimento, conforme a leitura do art. 29, estipulou que “o merecimento é conjunto de atributos que distinguem e realçam o valor do oficial entre os seus pares. Tem por base as qualidades profissionais, morais e intelectuais de cada um e a proficiência no desempenho das funções exercidas”.

Finalmente, chegamos aos normativos que se encontram atualmente vigentes. Desta forma, a promoção restou cristalizada como direito do militar. Essa é a dicção do art. 50, “m”, da Lei nº 6.880, de 09.12.1980 (Estatuto dos Militares). A mesma lei, entretanto, consigna que a promoção deve ser seletiva, gradual e sucessiva e fundamentada principalmente nos valores moral e profissional, de modo a obter-se um fluxo regular e equilibrado de carreira para os militares.¹²

Tal seletividade impõe à Administração castrense o dever de escolher os oficiais mais capacitados ao exercício de funções equivalentes ao grau hierárquico superior, segundo suas necessidades, em linha com as normas dispostas na Lei nº 5.821, de 10.12.1972, lei especial que trata dos critérios e requisitos essenciais para efetivação da promoção no âmbito de todas as Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica), revogando, portanto, o arcabouço normativo anterior que consistia em diplomas distintos para cada Força.

A esse propósito, a Lei nº 5.821/72 estabelece cinco critérios de promoção, consignados no art. 4º, a saber: antiguidade, merecimento, escolha, bravura ou post mortem. Cita-se, ainda, a promoção em ressarcimento de preterição, que, a rigor, não se trata de um critério de promoção propriamente dito, mas, como o próprio nome diz, de uma promoção conferida a oficial preterido no direito que lhe caberia (art. 10).

As promoções segundo os critérios de antiguidade, merecimento e escolha são ordinárias, fruto do impulso regular às carreiras, enquanto aquelas havidas com base na bravura, post mortem e ressarcimento em preterição, são extraordinárias,

¹² Lei nº 6.880/80: “Art. 59. O acesso na hierarquia militar, fundamentado principalmente no valor moral e profissional, é seletivo, gradual e sucessivo e será feito mediante promoções, de conformidade com a legislação e regulamentação de promoções de oficiais e de praças, de modo a obter-se um fluxo regular e equilibrado de carreira para os militares.

condicionadas a um evento inesperado ou repentino¹³. O foco do presente artigo encontra-se nas promoções de oficiais por antiguidade e merecimento, que são as mais corriqueiras.

Ambos os critérios de promoção devem atender aos requisitos essenciais previstos no art. 15 da lei de regência. São eles: interstício, aptidão física, condições peculiares a cada posto (esses três requisitos são chamados de condição de acesso), conceito moral e conceito profissional.

O interstício, segundo a regra inserta no art. 4º, § 1º do Decreto nº 9.049/17 (regulamenta a lei de promoções de oficiais para a Aeronáutica) “é o período mínimo de serviço no posto, no quadro considerado, necessário para que o oficial adquira os conhecimentos e a experiência desejáveis para o desempenho das funções dos cargos militares do posto superior”. No § 2º do art. 4º, conceitua-se a aptidão física como a “expressão do estado de sanidade física e mental que habilita o oficial ao exercício das atividades funcionais dos cargos militares do posto, quadro e categoria a que pertence”.

O § 3º do art. 4º salienta que as “condições peculiares são exigências específicas para determinado posto e quadro, estabelecidas com o objetivo de assegurar os conhecimentos e a experiência desejáveis para o exercício das atividades funcionais dos cargos militares do posto superior. À título de exemplo, para promoção ao posto de Major, é necessário adimplir a condição peculiar de haver concluído o Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais com aproveitamento (realizado pelo oficial após a promoção ao posto de Capitão).

O conceito profissional, nos termos do art. 5º do Decreto nº 9.049/17 (regulamenta a lei de promoções para aeronáutica)¹⁴ “é o requisito essencial que resulta da análise qualitativa e quantitativa, pela Comissão de Promoções de Oficiais da Aeronáutica - CPO, do desempenho do oficial no exercício da função militar, à

¹³ Assis. J. C. Estatuto dos Militares Comentado: Lei 6.880, de 09 de dezembro de 1980. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 168

¹⁴ Brasil. Decreto nº 9.049, de 12.05.2017. (Regulamenta a Lei nº 5.821, de 10 de novembro de 1972, que dispõe sobre as promoções dos oficiais da ativa das Forças Armadas, para a Aeronáutica. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9049.htm. Acesso em: 15 Abr 2021.

luz das obrigações e dos deveres militares estabelecidos na Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 - Estatuto dos Militares”.

Já o conceito moral, conforme o art. 6º do referido Decreto, “é o requisito essencial que resulta da análise, pela CPO, do caráter do oficial e da sua conduta como militar e cidadão, à luz das obrigações e dos deveres constantes do Estatuto dos Militares.

Assim, a promoção por antiguidade e a promoção por merecimento são pautadas, além dos requisitos objetivos – interstício, aptidão física e condições peculiares a cada posto – também nos valores moral e profissional do militar, requisitos esses que devem ser auferidos pela Comissão de Promoções dos Oficiais, através da análise do desempenho do militar durante sua carreira.

A diferença da promoção por antiguidade daquela efetivada por merecimento tem previsão no art. 6º da Lei nº 5.821/72, segundo o qual, a promoção por merecimento resulta no conjunto de atributos e qualidades que realçam o valor do oficial em relação aos seus pares, por intermédio de avaliações realizadas no decurso da carreira do militar e também no desempenho de cargos considerando o posto que ocupa ao ser cogitado para promoção.

Constata-se que a promoção por merecimento, além dos valores moral e profissional reconhecidos pela Administração, é ato administrativo que precisa satisfazer ao requisito do realce do militar em relação aos seus pares. Em simples termos, não basta ao militar, para promoção por merecimento, ter desempenho moral e profissional satisfatórios. Tal desempenho, além de satisfatório, precisa ser superior ao dos pares.

Como visto, a promoção dos oficiais, em que pese ser um direito, é condicionada ao adimplemento de vários requisitos essenciais. Por isso não se pode afirmar que é um direito absoluto. É dever da Administração analisar, caso a caso, a carreira do oficial cogitado para promoção, em sintonia com os requisitos previstos em lei para, após, conceder ou não ao militar o direito à promoção.

Ressalvados os requisitos essenciais objetivos autorizadores do acesso na hierarquia militar (interstício, aptidão física, peculiaridades a cada posto), a análise

dos conceitos profissional e moral exige da Administração uma avaliação da conduta pretérita de cada oficial, mediante um juízo de valor sobre os fatos meritórios e demeritórios registrados em toda a sua carreira, assim como uma ponderação inerente aos aspectos relativos à conveniência e à oportunidade da prática do ato. Esses aspectos que suscitam tal ponderação, para a promoção dos oficiais, é o que constituem o mérito administrativo.¹⁵

3 A PROMOÇÃO É ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO OU DISCRICIONÁRIO?

O ato administrativo, na esteira dos ensinamentos do professor Carvalho Filho¹⁶, é “a exteriorização da vontade dos agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob o regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público”.

Nas lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o ato administrativo é “a manifestação unilateral de vontade da Administração pública que tem por objeto constituir, declarar, confirmar, alterar ou desconstituir uma relação jurídica, entre ela e os administrados ou entre seus próprios entes, órgãos e agentes”.

É possível, ainda, distinguir os atos administrativos considerando o maior ou menor grau de liberdade concedido pela lei para prática do ato, o que ocorre com os atos vinculados e discricionários.

Sobre o conceito de ato vinculado, trazemos à baila as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, citado por Fernanda Marinela¹⁷, para quem os atos vinculados “são os que a Administração pratica sem margem alguma de liberdade para decidir-se, pois a lei previamente tipificou o único possível comportamento diante de hipótese prefigurada em termos objetivos.”

Noutros termos, o ato administrativo vinculado não permite um juízo de valor do administrador. A lei não lhe autoriza a liberdade de escolher, diante do caso

¹⁵ Carvalho Filho. José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 123.

¹⁶ Carvalho Filho. José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 99.

¹⁷ Marinela. Fernanda. Direito Administrativo. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 382.

concreto, o que é mais oportuno ou conveniente para o interesse público. É o que acontece, por exemplo, quando o oficial-general é transferido para a reserva remunerada, compulsoriamente, por ter atingido a idade limite de 70 (setenta) anos, nos termos do art. 98, I, “a” do Estatuto dos Militares.

No exemplo acima, ainda que o oficial-general tenha o desejo de continuar na ativa, pelas mais diversas razões, é dever da Administração transferi-lo para a reserva remunerada em estrita obediência à norma legal.

Em se tratando de ato administrativo discricionário, o administrador também estará subordinado à lei, diferenciando-se do vinculado na medida em que poderá atuar segundo o juízo de conveniência e oportunidade, de modo que, existindo no mínimo duas opções, poderá o administrador escolher uma delas, aquela que no seu entendimento atinge o interesse público.¹⁸

Nesse sentido, importante colacionarmos novamente as lições de Fernanda Marinella¹⁹:

O ato do administrador é, também, discricionário quando a situação é descrita na norma por palavras que recobrem conceitos vagos, dotados de certa imprecisão, e, por isso mesmo, essas são irreduzíveis à objetividade, não tendo uma significação unívoca inquestionável como, por exemplo, “comportamento indecoroso”. (...) Destarte, a discricionariedade existe em razão da complexidade e da variedade dos problemas e visa a proporcionar ao administrador, em cada caso, a melhor escolha para o interesse público, devendo ser observados a disposição legal e o caso concreto para a definição de sua presença.

Além da vinculação e discricionariedade, é pertinente frisar que ficou convencionado na doutrina administrativista atribuir ao ato administrativo certos requisitos ou pressupostos de validade, também chamados de elementos do ato administrativo.

Sem embargo das demais teses dissonantes que ora acrescentam outros elementos, ora os suprimem ou desmembram, para classificação dos pressupostos do ato administrativo, pode-se dizer que a Lei nº 4.717/65, que trata da ação popular,

¹⁸ MARINELLA. Fernanda. Direito Administrativo. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 327.

¹⁹ MARINELLA. Fernanda. Direito Administrativo. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 384.

estabeleceu a concepção quinquenária: o ato administrativo reveste-se dos elementos competência, forma, objeto, motivo e finalidade.

Desse modo, a incompetência resta caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou (art. 2º, “a”); o vício de forma, a seu turno, consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência do ato (art. 2º, “b”); a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo (art. 2º, “c”); a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido (art. 2º “d”); e o desvio de finalidade caracteriza-se quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência (art. 2º, “e”).

A competência para promoção, a finalidade desse ato e a sua forma serão sempre elementos vinculados. Exemplificando: a competência para a promoção de oficial-general e oficial superior, segundo a norma inserta no art. 19, alínea “a”, da Lei 5.821/72, pertence ao Presidente da República, que consubstanciará o ato mediante decreto; com relação às promoções aos postos de oficial intermediário e subalterno, tal competência pertence aos respectivos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, conforme constata a alínea “b” do mesmo dispositivo, o qual tomará forma mediante portaria.

Ainda com relação à promoção de oficiais superiores, informa-se que o Presidente da República delegou a competência aos respectivos Comandantes de cada Força, em linha com o disposto no art. 1º, IV, do Decreto nº 8.798/16.

Qualquer autoridade do Comando da Aeronáutica, ou até mesmo do Ministério da Defesa, diferente das supramencionadas, que proferir um ato administrativo de promoção de oficial, incorrerá em vício de legalidade, visto que a norma de regência não autoriza à Administração alterar a competência para o referido ato, ressalvadas as hipóteses legais de delegação hierárquica.

Além do mais, será ilegal a promoção de oficial-general, por vício no elemento forma, quando efetivada mediante portaria, já que a norma prevê a consubstanciação do ato por decreto.

A promoção, quanto ao elemento finalidade, visa a preencher as vagas pertinentes ao grau hierárquico superior, com base nos efetivos fixados em lei para os diferentes Quadros, Corpos, Armas ou Serviços. A efetivação de promoção, que não tem por fim preencher a vaga do grau imediatamente superior, a exemplo de promoção de oficial fora do número de vagas, é ilegal.

À guisa de exemplificação, cita-se a Lei nº 11.320/06, que fixa os efetivos do Comando da Aeronáutica em tempo de paz. No art. 1º, I, há a limitação do quantitativo de oficiais-generais ao número máximo de 87 (oitenta e sete) para o serviço ativo. Imaginemos que, em um determinado período, as 87 vagas estão preenchidas. A promoção do 88º oficial-general, nesse mesmo período, é viciada, pois consubstanciada em vaga que não existe. Nesse caso, estaremos diante de um ato praticado em desvio de finalidade.

Repisa-se, portanto, que os elementos competência, forma e finalidade, são vinculados. Em outros termos, a lei não faculta à Administração militar escolher qualquer autoridade para consubstanciar o ato de promoção de oficiais. A lei também não autoriza a escolha de uma forma ou outra para o ato (decreto ou portaria), nem autoriza a promoção para outro fim senão o preenchimento das vagas do grau hierárquico imediatamente superior, a fim de atender às necessidades da Força e ao interesse público.

Em todos esses requisitos vinculados – para os quais não há margem de escolha (ou é tudo ou é nada) – afigura-se perfeitamente possível a intervenção do Poder Judiciário, que irá analisar o ato sob os aspectos legais. O Judiciário não se imiscui no juízo de valor do administrador, mas tão somente, se demandado, condiciona a validade da promoção ao princípio da legalidade, determinando a anulação do ato, nesses casos, se preciso for.

Por outro lado, essa margem de escolha ou liberdade pode residir no objeto ou no motivo do ato discricionário. O objeto, segundo o ensinamento de Fabrício Bolzan de Almeida, “é o conteúdo do ato, o efeito jurídico imediato deste, ou seja,

seu resultado²⁰ prático”. O objeto do ato administrativo que promove um 1º Tenente ao posto de Capitão é permitir ao militar o acesso na hierarquia militar.

O motivo, continua Bolzan, “consiste na situação de fato (acontecimento no mundo real) e de direito (previsão legal) que autoriza a prática do ato administrativo”. A promoção por merecimento, por exemplo, exige do oficial, entre outros fatores, a capacidade de liderança, iniciativa e presteza de decisão, em linha com o art. 31, “c”, da Lei nº 5.821/72 (previsão legal). Essas qualidades são medidas por intermédio da análise das Fichas de Avaliação que registram o desempenho profissional do militar durante toda a sua carreira – aqui temos, portanto, os acontecimentos no mundo real que são analisados pela Comissão de Promoção de Oficiais.

Nas sábias lições de Hely Lopes Meirelles, citada por Bolzan, é possível extrair o seguinte²¹:

(...) mérito administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar. Daí a exata afirmativa de Seabra Fagundes de que “o merecimento é aspecto pertinente apenas aos atos administrativos praticados no exercício de competência discricionária”.

A promoção, então, é ato administrativo praticado no exercício da competência discricionária e, segundo o mestre Cícero Robson Coimbra Neves, “embora seja um direito, inevitavelmente passa por uma avaliação subjetiva daquele que, em nome da Administração Pública, confere o grau de promoção”²².

Lapidar nesse sentido o entendimento do Supremo Tribunal Federal, na ementa de decisão proferida nos autos do Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 30.941/DF²³, de relatoria no Ministro Luiz Fux:

²⁰ Almeida, F.B. D. Manual de Direito administrativo. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553618422/>. Acesso em: 11 Abr 2021.

²¹ Almeida, F.B. D. Manual de Direito administrativo. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553618422/>. Acesso em: 11 Abr 2021.

²² Assis. J. C. Estatuto dos Militares Comentado: Lei 6.880, de 09 de dezembro de 1980. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 168.

²³ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 30.941/DF. Relatoria Min. Luiz Fux. Julgamento: 25/11/2015. DJe-248.

EMENTA : AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO COMANDANTE DA AERONÁUTICA. NÃO INCLUSÃO DA AGRAVANTE NO QUADRO DE ACESSO POR MERECIMENTO PARA SER PROMOVIDA AO POSTO DE TENENTE-CORONEL. APLICAÇÃO DAS REGRAS GERAIS PARA AS PROMOÇÕES NO CORPO FEMININO DA AERONÁUTICA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO CRITÉRIO DE MERECIMENTO PARA PROMOÇÃO AO ÚLTIMO POSTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A regulamentação específica, na forma estabelecida nos artigos 20 da Lei nº 6.924/1981 e 29 e 30 do Decreto nº 86.325/1981, preceitua que, para as promoções do Corpo Feminino da Aeronáutica, devem ser observadas as mesmas condições estabelecidas para as promoções dos oficiais da ativa, que foram disciplinadas pela Lei nº 5.821/1972. 2. O Decreto nº 1.319/1984, que regulamenta a Lei nº 5.821/1972, estabelece que “*art. 42. Quando o último posto de um quadro for de oficial superior, para promoção a este posto somente será organizado QAM, tendo por base a relação de oficiais selecionados para composição deste quadro.*” 3. **In casu, a agravante não integrava a lista de acesso por merecimento, isto é, não detinha condição necessária para a promoção ao posto de tenente-coronel, o último posto do quadro de oficiais do Corpo Feminino de Reserva da Aeronáutica.** 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (GRIFAMOS).

O administrador possui mais de uma opção: promover o oficial X ou promover o oficial Y. Ou até mesmo promover os dois, ou não promover nenhum. Nota-se que, diferente da transferência compulsória de oficial-general para reserva remunerada por atingir a idade limite (porque a lei não faculta outra opção), na promoção, porém, o administrador não se vincula estritamente a uma determinação legal pronta e acabada. Essa liberdade, enfim, é o que a doutrina denomina de mérito administrativo.

4 A MITIGAÇÃO DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A PROMOÇÃO

É bem verdade, conforme anota Alexandre Mazza²⁴, que o ato administrativo “cumpre um importante papel de controle sobre as atividades da Administração Pública.” Esclarece o citado professor:

Sob a égide do Estado de Polícia, antes da submissão dos governantes à lei, o soberano realizava concretamente sua vontade sem qualquer mecanismo de limitação ou fiscalização. Da intenção passava à ação sem estágios intermediários. No século XVIII, com o advento da Revolução Francesa, a lei, até então uma simples exteriorização da vontade do monarca, ganhou o *status* de expressão da vontade popular, condicionando o desempenho das atividades administrativas ao seu cumprimento. De fonte originária da norma, a Administração passou a ocupar-se da sua execução concreta, realizando na prática a vontade popular consagrada nas determinações emanadas do Parlamento.

Observa Maldonado²⁵ que, “a vontade do soberano se confundia com a vontade do Estado, como exemplifica a célebre frase atribuída a Luís XIV, *l’Etat c’est moi*. Esta concentração de poderes levou à degeneração, às arbitrariedades e ao abuso do poder”.

É possível afirmar que, em nome de uma ordem divina, o rei legislava, criava tributos, executava os seus desígnios, julgava os súditos, distribuía as missões administrativas da corte, declarava guerra e paz, enfim, era o senhor absoluto. O período pode ser compreendido conforme as lições do historiador Daniel Neves Silva²⁶, segundo o qual:

Nicolau Maquiavel, em seu “O Príncipe”, justificou o uso da violência para manter o controle sobre a população, pois defendia a ideia de que “os fins justificariam os meios” e afirmava que mais valia para o rei ser temido que amado. Em “O Leviatã”, Thomas Hobbes argumentou que o poder real era necessário para colocar a ordem no mundo. Esse

²⁴ Mazza, A. MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593266/>. Acesso em: 12 Abr. 2021.

²⁵ MALDONADO, Maurílio. Separação dos Poderes e Sistema de Freios e Contrapesos: Desenvolvimento no Estado Brasileiro. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/503_arquivo.pdf Acesso em: 08 Nov. 2020.

²⁶ SILVA, Daniel Neves. Absolutismo. Disponível em: <https://www.historiadomundo.com.br/idade-moderna/o-absolutismo-e-o-rei.htm>. Acesso em: 08 Nov. 2020.

teórico defendeu a teoria de que, antes do poder absoluto do rei, a Europa vivia em um estado de caos no qual a violência predominava, pois, segundo Hobbes, o homem era mau por natureza, logo, somente o poder absoluto do rei seria capaz de colocar tudo em ordem. Jacques Bossuet, em seu “A política tirada da escritura sagrada”, justificou que o poder do rei procedia de Deus, sendo assim, contestar o poder real seria o mesmo que contestar ao próprio Deus.

O absolutismo perde força a partir do século XVIII, quando as ideias racionais do iluminismo passava a questionar a origem divina do poder e o seu uso abusivo, centralizado nas mãos de um único homem, o rei, bem assim a forte opressão que os menos favorecidos na sociedade da época sofriam. Faz mister compilar as sábias palavras de Paulo Bonavides²⁷:

Com efeito, observava-se em quase toda a Europa continental, sobretudo na França, a fadiga resultante do poder político excessivo da monarquia absoluta, que pesava sobre todas as camadas sociais interpostas entre o monarca e a massa de súditos. Arrolavam essas camadas em seus efetivos a burguesia comercial e industrial ascendente, a par da nobreza, que por seu turno se repartia entre nobres submissos ao trono e escassa minoria de fidalgos inconformados com a rigidez e os abusos do sistema político vigente, já inclinado ao exercício de práticas semidespóticas.

(...)

Todos os pressupostos estavam formados pois na ordem social, política e econômica a fim de mudar o eixo do Estado moderno, da concepção doravante retrógrada de um rei que se confundia com o Estado no exercício do poder absoluto, para a postulação de um ordenamento político impessoal, concebido segundo as doutrinas de limitação do poder, mediante as formas liberais de contenção da autoridade e as garantias jurídicas da iniciativa econômica.

Nesse cenário, a teoria da separação dos poderes ganha força na obra de Montesquieu – O Espírito das Leis – que se contrapunha às monarquias absolutistas presentes na maior parte do continente Europeu no período.

Dirley da Cunha²⁸ relembra que “foi o filósofo francês Montesquieu que, inspirado em Locke, sistematizou, em termos definitivos, as diferentes funções estatais agrupando-as junto a organismos estatais distintos, defendendo a ideia de poder limitado e, portanto, de um governo moderado”.

²⁷ BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. São Paulo: Malheiros: 1996. p.134-136.

²⁸ JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 466.

A ideia de separação dos poderes do Estado, na forma preconizada por Montesquieu²⁹, previu a existência dos Poderes Legislativo, o qual “faz as leis para algum tempo ou para sempre, ou corrige ou ab-roga as que estão feitas”, o Judiciário, que “pune os crimes ou julga as demandas dos particulares” e o Executivo, “sendo o restante poder, exerce as demais funções do Estado; exerce a administração geral do Estado, constituindo-se por isso, no executor das leis em geral”, pois:

A liberdade política existe, quando ninguém pode ser ‘constrangido a fazer as coisas que a lei não obrigue, ou a não fazer o que a lei permita. Todo homem que tem poder é levado a abusar dele; vai até encontrar os limites. Por isso necessária a divisão dos poderes. Para que cada Poder freie o outro; impeça o abuso por parte deste.

Na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a separação dos poderes se transforma em dogma universal: “Artigo 16º - Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição”.

A teoria da separação dos poderes, em constante evolução político-jurídica, constitui-se em postulado fundamental presente nos Estados Democráticos de Direito. Se, historicamente, ela fora propugnada para conter o governo de um só e os abusos praticados por esse sistema de governo, hoje ela representa a garantia de um Estado que respeita as liberdades públicas, e, para além, traduz-se na aptidão desse Estado para propor soluções conjuntas aos diversos problemas sociais-políticos-jurídicos que surgem na vida dos administrados.

Com relação às funções atribuídas pelo “povo” aos principais órgãos que compõe o Estado, no Poder Legislativo preponderam as funções de criar leis abstratas, gerais e impessoais e alterá-las; no Poder Executivo, preponderam as funções relacionadas à administração, gestão e fomento de serviços públicos e, no Poder Judiciário, sobressai a função de aplicar o direito aos casos concretos a fim de resolver os conflitos de interesses.

²⁹ MONTESQUIEU. O Espírito das Leis, 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502105232/>. Acesso em: 08 Nov. 2020.

Tais funções preponderantes não impedem, todavia, que um poder também exerça a função que é típica de outro poder, desde que haja previsão Constitucional ou legal. É o que se verifica, por exemplo, quando o Senado Federal julga o Presidente da República nos crimes de responsabilidade, fazendo as vezes de órgão julgador (art. 52, I, da CF); o Presidente da República, imiscuindo-se nas funções do legislador, adota Medidas Provisórias, com força de lei, em caso de relevância e urgência, nos termos do art. 62, *caput*, da Constituição; e o Judiciário, quando licita material permanente e de consumo, julgando a proposta que lhe é mais conveniente nos termos do edital, para suprir as suas próprias necessidades, administrando, dessa forma, os bens públicos à sua disposição.

Feita a contextualização da teoria da separação dos poderes, faz-se mister voltarmos para o cerne da questão que se nos apresenta e vem aquecendo as discussões jurídicas-políticas, nesta primeira metade do século XXI: a mitigação da separação dos poderes pela intervenção do Poder Judiciário nos atos administrativos típicos do Poder Executivo, e, no nosso caso, nas promoções.

Conforme enfatizado nos tópicos anteriores, a promoção é ato administrativo praticado no exercício da competência discricionária por órgão do Poder Executivo (Comando da Aeronáutica), na medida em que o administrador tem a liberdade de escolher, segundo critérios próprios lastreados na lei, os oficiais que irão ascender na hierarquia militar.

A Comissão de Promoções de Oficiais subdivide-se em duas instâncias. A Subcomissão de 1ª Instância compõe-se de 16 (dezesseis) oficiais-generais. A subcomissão de Recursos dispõe de 8 (oito) oficiais-generais. Trata-se, portanto, de órgão colegiado formado por oficiais-generais, em duas instâncias, todos nomeados pelo Presidente da República, conforme art. 27, § 1º da Lei 5.821/72, que se reúnem segundo o calendário administrativo, para analisarem, qualitativa e quantitativamente, os conceitos profissional e moral dos oficiais, com o objetivo de selecionar oficiais para compor os quadros de acesso, com vistas às promoções pelos critérios de antiguidade, merecimento e escolha.

A fora os casos possíveis de intervenção judicial, quando constatados vícios nos elementos competência, forma e finalidade, carece de legitimidade tal

intervenção demasiada no mérito administrativo – ou seja, na dita análise qualitativa e quantitativamente dos conceitos profissional e moral dos oficiais, fato que enfraquece o equilíbrio necessário entre os três poderes.

Tal processo de seleção deposita na Comissão de Promoções de Oficiais a confiança em um trabalho pautado na seriedade e na experiência daqueles que galgaram o degrau máximo na hierarquia militar – generalato, e que também passaram pelo mesmo processo de avaliação. Os que hoje julgamos, já foram julgados.

Dito isso, questiona-se se seria legítimo ao Poder Judiciário dizer quem é o piloto da aviação de caça mais eficiente segundo os padrões de desempenho esperados, ou quem não é, quem tem mais aptidão para exercer o Comando ou Chefia de um Esquadrão de voo, ou qual é o oficial que possui mais eficiência revelada no desempenho do cargo ou, ainda, qual oficial tem mais potencialidade para o desempenho de cargos mais elevados, todos esses critérios apreciados pela Comissão de Promoções de Oficiais (CPO).

Nesse diapasão, qualquer análise que pretenda substituir o juízo dos plenários da CPO seria interferência indevida no mérito administrativo. Isso porque, sopesar qual o grau de impacto, a relevância e a gravidade das condutas do oficial sob a ótica castrense, se insere no âmbito de juízo de valor estritamente discricionário, a ser realizado pela Comissão, e fundado precipuamente nos princípios constitucionais da hierarquia e disciplina, bem como nos preceitos de ética e deveres militares.

A própria disponibilização de tantos oficiais-generais para a realização dos trabalhos e dos plenários de julgamento da CPO ressalta a enorme relevância e seriedade emprestada aos trabalhos da Comissão. São decisões colegiadas, pautadas na legalidade e que buscam, a partir da experiência castrense de oficiais-generais, sopesar o valor militar, inserido no âmbito discricionário da atuação da Administração Militar, necessário à análise de promoções, com o escopo de preservar os princípios militares e assegurar o cumprimento da missão constitucional das Forças Armadas.

Em que pese esse ser o entendimento majoritário da doutrina administrativista, verifica-se uma tendência do controle judicial, bastante questionável, sobre a discricionariedade do Poder Executivo, pautado em alguns

aspectos, tais como a proporcionalidade/razoabilidade da decisão e na teoria dos motivos determinantes.

Compreende-se que a análise do conceito profissional e principalmente moral, na promoção de oficiais, demanda um juízo de valor consubstanciado em conceitos abertos ou indeterminados, que acomodam interpretações não unânimes. Por isso, a declaração do motivo que autorizou a prática do ato administrativo precisa estar vinculada à existência e à veracidade da alegação, sob pena de violar a teoria dos motivos determinantes.

Basta pensarmos em um oficial que deixou de ser promovido por não possuir conceito moral, motivo esse expresso por escrito nas razões de decidir do órgão colegiado, mas que não se coaduna com os fatos, visto que o oficial não possui nenhum registro em seu histórico que desabone sua conduta moral. O motivo que levou a Comissão de Promoções a decidir é falso. Logo, o ato é nulo em razão da inexistência do motivo determinante da prática do ato, qual seja, ausência de conceito moral.

A proporcionalidade/razoabilidade, em rápida síntese, são princípios constitucionais, implícitos, que visam a combater os excessos praticados por agentes do Estado. De origem germânica, o princípio da proporcionalidade nasce da necessidade de suprimir os excessos legalistas praticados pela Alemanha na II Guerra Mundial.

Quando um ato administrativo é desproporcional em relação ao fim a que se destina, ainda que dotado de conteúdo discricionário em sua aplicação, poderá ser anulado pelo Poder Judiciário, o qual terá que decidir após análise do caso concreto.

Nesse raciocínio, caso um oficial venha a receber o parecer desfavorável da Comissão de Promoções para ingresso em quadro de acesso com vistas à promoção, em razão da ausência de conceito profissional, porque verificado em seu histórico militar a existência de uma punição disciplinar – por ter chegado atrasado ao expediente em determinado dia – se ficar demonstrada que a referida punição é fato isolado, e que o desempenho do militar é excepcional com relação a outros fatores registrados em todas as suas fichas de avaliação, tais como liderança, trabalho em

grupo, conhecimento etc, afigura-se possível a intervenção do Poder Judiciário, haja vista que, aparentemente, o ato foi desproporcional.

Ainda assim, ressalta-se que não é desejável ao Poder Judiciário substituir o administrador castrense quando da anulação do ato discricionário. Dito de outra forma, o juiz não deve dizer como o interesse público será atendido no caso concreto, mas devolver a questão ao administrador competente para que este adote nova decisão.³⁰ O juiz jamais deve determinar a promoção de oficial, mas tão somente determinar à administração a reanálise do caso sem a valoração de determinado fato tido como desproporcional.

É de todo oportuno gizar as palavras dos ilustres Souza Neto e Daniel Sarmiento, que asseveram “(...) que a proporcionalidade representa autêntico princípio. Primeiramente, porque sua incidência deve ser calibrada em razão da tensão com outros princípios constitucionais, como a democracia e a separação dos poderes. É isso que justifica que, em determinadas hipóteses, se recomende ao Poder Judiciário uma postura de autocontenção na aplicação da proporcionalidade, em favor das decisões adotadas por outros órgãos estatais”.³¹

5 A PROMOÇÃO POR DECISÃO JUDICIAL E O RISCO À HIERARQUIA E DISCIPLINA

A hierarquia e a disciplina são princípios fundamentais que norteiam todo o funcionamento das Instituições militares. Dizem-se que são pilares de sustentação do organismo militar. Eis a dicção do art. 142 da Constituição Federal:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

³⁰ Mazza, A. MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593266/>. Acesso em: 12 Apr 2021

³¹ SOUZA NETO, C. P. SARMENTO, D. Direito Constitucional, Teoria, História e Métodos de Trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2016. p. 471

No Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/80):

Art. 2º As Forças Armadas, essenciais à execução da política de segurança nacional, são constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, e destinam-se a defender a Pátria e a garantir os poderes constituídos, a lei e a ordem. São instituições nacionais, permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República e dentro dos limites da lei.

Com propriedade, os doutos Péricles Aurélio e Paula Coutinho³² traçam as seguintes explicações sobre o assunto:

A hierarquia e a disciplina foram alçadas ao status de princípios constitucionais, de forma que podemos extrair que não é possível se prever a atuação das Forças Armadas senão com base nesses dois vetores. A palavra hierarquia surge da junção das expressões gregas *hieros* (sagrado) e *arkhes* (ser chefe) – traduz-se em “comando sagrado”. Portanto, significa a existência de uma graduação entre os militares, de forma que há sempre uma autoridade maior que outra. Por sua vez, disciplina tem a mesma origem do latim da palavra discípulo. Significa, no âmbito militar, a obediência às ordens emanadas pela autoridade hierárquica superior.

Vale ressaltar que a hierarquia e a disciplina, além de normas jurídicas explícitas consignadas na Carta de 1988, são fatores de estabilidade no seio das Organizações Militares. Tratam-se de instrumentos reais, garantidores da ordem, que permitem o regular cumprimento da missão constitucional de defesa da soberania nacional, no plano internacional, e, no plano interno, da lei, da ordem e dos poderes constitucionais.

A violação da disciplina militar, em razão do descumprimento de alguns seus preceitos, pode até mesmo ensejar a responsabilidade criminal. Uma prática que, no âmbito das organizações civis públicas, é vista, no máximo, como ilícito administrativo, na hierarquia militar pode ser crime.

Sobre tal aspecto, a insubordinação inserta na Lei nº 8.112/90 (regime jurídico dos servidores públicos civis da União) é penalizada com a demissão do servidor público, isso se o fato for grave (art. 132, VI), ao passo que, conforme prevê

³² Assis. J. C. Estatuto dos Militares Comentado: Lei 6.880, de 09 de dezembro de 1980. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 42

o Código Penal Militar no art. 163, recusar obedecer à ordem do superior sobre assunto ou matéria de serviço, é crime, cuja pena a ser aplicada é a de detenção, de um a dois anos. Nesse passo, é de todo oportuno citar as impressões de Sérgio Feltrin Correa sobre a disciplina e hierarquia castrenses:

Os integrantes das Forças Armadas possuem deveres diferenciados em relação ao Estado, comparativamente aos civis, exigidos desde seu ingresso na vida das corporações. Com efeito, como se depreende do próprio texto constitucional, a estes especiais agentes incumbe, entre outras nobres atribuições, a mais relevante de todas e também a mais árdua: a defesa da Pátria. Sendo de tal monta o fim das Forças Armadas, sua eficiência exige rigor extremo e não é por outro motivo que aos militares são impostas restrições que por sobre os civis não recaem.

Impende destacar que esses aspectos inflexíveis da hierarquia e da disciplina militar não poderiam ser diferentes. Como já assentado na introdução deste artigo, a legitimação do uso do poder bélico exige das Instituições militares controle total sobre os seus integrantes, de tal sorte que isso não seria possível sem o estabelecimento de níveis de autoridades, os quais são pautados no sólido sentimento de espírito de grupo e de acatamento às ordens dos superiores.

Outrossim, no enfrentamento de situações operacionais, sobretudo aquelas voltadas para a guerra, nenhuma estratégia de êxito resistiria sem a presença dos fatores hierarquia e disciplina. É por isso que o militar presta o solene juramento de fidelidade à Pátria até com o sacrifício da própria vida, nos termos do art. 27, I, do Estatuto dos Militares, como manifestação essencial do valor militar. Vejam-se:

Art. 27. São manifestações essenciais do valor militar:

I - o patriotismo, traduzido pela vontade inabalável de cumprir o dever militar e pelo solene juramento de fidelidade à Pátria até com o sacrifício da própria vida;

II - o civismo e o culto das tradições históricas;

III - a fé na missão elevada das Forças Armadas;

IV - o espírito de corpo, orgulho do militar pela organização onde serve;

V - o amor à profissão das armas e o entusiasmo com que é exercida; e

VI - o aprimoramento técnico-profissional.

Sobre os valores militares, merece ser trazido à baila o entendimento do ilustre Fernando Hugo Miranda Teles, segundo o qual:

(...) podem ser traduzidos como referenciais fixos, fundamentos imutáveis e universais inerentes às Instituições Militares. Esses valores influenciam, de forma consciente ou inconsciente, o comportamento e, em particular, a conduta pessoal de cada integrante da Instituição. A eficiência, a eficácia e mesmo a sobrevivência das Forças Armadas decorrem de um fervoroso culto a tais valores. (...) O militar faz parte de um estreito rol de servidores que são obrigados a cumprir seus deveres até com o sacrifício da própria vida. Essa ética diferenciada torna o militar uma categoria especial de agente público, com regras próprias e regime disciplinar distinto e mais recrudescido.³³

O militar que vai para o combate tem consciência dos riscos que isso significa à sua integridade física. Aliás, a atividade militar, em tempo de paz, já é caracterizada pelo risco permanente. Basta pensarmos na atividade da aviação: sobreviver a um acidente aeronáutico é raro. Pois bem, diga-se que sem a submissão aos rígidos princípios da hierarquia e da disciplina, qualquer possibilidade de enfrentamento do perigo, inclusive como o risco da morte, seria empecilho ao sucesso das operações militares, já que poucos seriam aqueles dispostos a cumprir o dever militar.

A interferência na promoção, por órgão diverso daquele existente na estrutura da Força, no caso, o Judiciário, empobrece o espírito da disciplina e hierarquia, na medida em retira da autoridade militar a responsabilidade pela condução da tropa.

Como bem assevera Uadi Lammêgo Bulos, é preciso um olhar diferenciado ao organismo militar nacional, por motivo jurídico de ordem superior, senão vejamos³⁴:

A importância que a Carta de 1988 atribuiu às Forças Armadas foi tão grande que, ao incluí-las no seu Título V, enfatizou o seu poderio, imprescindível nos momentos cívicos da vida internacional. Por isso, o respeito à sua autoridade consigna um dever de todos, tendo em vista a destinação que o constituinte lhe outorgou.

³³ Assis. J. C. Estatuto dos Militares Comentado: Lei 6.880, de 09 de dezembro de 1980. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 106.

³⁴ Lammêgo, B. U. Curso de direito constitucional. São Paulo: Editora Saraiva. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172726/>. Acesso em: 15 Nov 2020. p. 1476.

Não se ignora a dicotomia do direito de promoção e do dever de a Administração de selecionar os mais capacitados para tal ato. Mas no cotejamento entre essas duas possibilidades, faz-se mister ao magistrado analisar mais o interesse público do que o privado.

A esse propósito, vale mencionar trechos do Parecer do Procurador da República Mário Pimentel Albuquerque nos autos do *Habeas Corpus* 2.217/RJ – TRF/2ª Região, julgado em 25.04.2001, citado por Sérgio Feltrin Correa³⁵:

A hierarquia e a disciplina constituem, por assim dizer, a própria essência das Forças Armadas. Se quisermos, portanto, preservar a integridade delas devemos começar pela tarefa de levantar um sólido obstáculo às pretensões do Judiciário, se é que existem, de tentar traduzir em conceitos jurídicos experiências vitais da caserna. Princípios como os da isonomia e da inafastabilidade do Judiciário tem pouco peso quando se trata de aferir situações específicas à luz dos valores constitucionais da hierarquia e da disciplina. O quartel é tão refratário àqueles princípios, como deve ser uma família coesa que se jacta de ter a sua frente um chefe com suficiente e acatada autoridade. E seria tão desastroso para a missão institucional das Forças Armadas que as ordens de um oficial pudessem ser contraditadas nos tribunais comuns, como para a coesão da família, se a legitimidade do pátrio poder dependesse, para ser exercido, do plebiscito da prole.

Não podemos deixar de lembrar, ainda, da inteligência do § 2º do art. 142 da Constituição da República, segundo o qual não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares. A Constituição reconhece, assim, que questões atinentes à hierarquia e disciplina são caras aos membros das Forças Armadas, não havendo que se permitir a intervenção do Poder Judiciário no mérito administrativo da punição disciplinar, reflexão que se amolda também na promoção dos militares, já que, em última análise, punição e promoção dizem respeito à vivência na caserna.

Enfim, se o Poder Judiciário, por intermédio de interpretações sobre conceitos jurídicos indeterminados, desprovido da vivência e experiência da vida castrense, despertar intervenções na hierarquia militar, leia-se, promoções, eis então a derrocada da hierarquia e disciplina. Pois, peca decisivamente quem pretende

³⁵ Correa, S. F. A integridade das Forças Armadas: hierarquia e disciplina e a utilização da via judicial. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/a-integridade-das-forcas-armadas-hierarquia-e-disciplina-e-a-utilizacao-da-via-judicial/>. Acesso em 15 Abr 2021.

privilegiar valores individuais onde, por força maior, são os da coletividade que tem supremacia.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A promoção dos oficiais da Força Aérea Brasileira é ato administrativo praticado no exercício da competência discricionária, o que significa dizer que a sua realização depende do preenchimento de requisitos objetivos e subjetivos.

Quanto aos requisitos subjetivos, vale frisar que a experiência dos oficiais-generais que integram a Comissão de Promoções é substrato valorativo de suma importância na escolha dos oficiais possuidores de conceito profissional e moral destinados ao preenchimento das vagas correspondentes ao grau hierárquico superior.

No âmbito da caserna, este acesso na hierarquia é revestido de valores especiais, que não podem ser comparados com as promoções na esfera civil, seja pública ou privada. Conceitos profissionais e morais, se juridicamente são conceitos indeterminados, revestem-se de significados que só a vivência militar pode identificá-los. Trata-se do mérito administrativo militar.

A especialidade a que nos referimos tem status constitucional, pois é a própria Carta que elegeu a hierarquia, junto com a disciplina, como princípios basilares de funcionamento do organismo militar. A final, a missão de defender a Pátria, conforme a previsão do art. 142, requer sacrifícios dos homens das armas, os quais devem ser sopesados nos processos judiciais envolvendo a promoção de militares.

Nesse sentido, decisões judiciais que determinam a promoção de oficial representam não apenas a mitigação da teoria da separação dos poderes, mas também um duro golpe na hierarquia e na disciplina. E, quando esses dois pilares deixam de sustentar o organismo militar, é certo que o Estado Democrático de Direito pode sucumbir.

O assunto em voga é tema que fomenta estudos e vem gerando intensos debates sobre os limites do ativismo judicial, isso porque tem imbricação não apenas

na questão militar, mas em todo espectro jurídico-político nacional, dos órgãos do Executivo até o Legislativo.

É certo, porém, que o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, não pode servir de escudo para decisões que esquecem a história e os valores militares.

É preciso reconhecer o afastamento das Forças Armadas, enquanto Instituições Nacionais, da vida política nacional, principalmente a partir da redemocratização. Aliás, militares da reserva, que ocupam democraticamente cargos políticos, não representam a Instituição Militares, pois o Estado é permanente e os governos são transitórios.

Nesse contexto, de relativa estabilidade das instituições, a prudência deveria ser a regra e a intervenção a exceção, e não o contrário. Espera-se que as curandeiras se abstenham de provocar nos bivaques a extravagância do Poder Militar, e que deixem as Forças focar no que mais lhes importa: a arte da guerra e a defesa da Pátria.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, F.B. D. Manual de Direito administrativo. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553618422/>. Acesso em: 11 Abr 2021.

ASSIS, J. C. Estatuto dos Militares Comentado: Lei 6.880, de 09 de dezembro de 1980. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2019.

BONA VIDES, Paulo. Ciência Política. São Paulo: Malheiros : 1996

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

BRASIL. *Lei nº 6.880/80*. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm. Acesso em: 13 Nov 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 1.001/69*. Código Penal Militar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001compilado.htm. Acesso em: 27 Nov 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.084, de 01/03/1941. Estatuto dos Militares. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/>. Acesso em: 09 abr. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.864, de 12/12/1941. Estatuto dos Militares. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/>. Acesso em: 09 abr. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 9.698, de 02/09/1946. Estatuto dos Militares. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De19698.htm. Acesso em: 09 Abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 2.657, de 01/12/1955. Regula as promoções dos oficiais do Exército. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/Leis/1950-1969/L2657.htm. Acesso em: 09 Abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 4.822, de 29/10/1965. Regula as promoções dos oficiais da Marinha do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4822.htm. Acesso em: 09 Abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 5.020, de 07/06/1966. Dispõe sobre as promoções dos oficiais da ativa da Aeronáutica e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l5020.htm. Acesso em: 09 Abr. 2021.

BRASIL. Decreto nº 9.049, de 12.05.2017. (Regulamenta a Lei nº 5.821, de 10 de novembro de 1972, que dispõe sobre as promoções dos oficiais da ativa das Forças Armadas, para a Aeronáutica. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9049.htm. Acesso em: 15 Abr 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 30.941/DF. Relatoria Min. Luiz Fux. Julgamento: 25/11/2015. DJe-248. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4162109>. Acesso em: 15 Abr 2021.

CARVALHO FILHO. José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CORREA. S. F. A integridade das Forças Armadas: hierarquia e disciplina e a utilização da via judicial. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/a-integridade-das-forcas-armadas-hierarquia-e-disciplina-e-a-utilizacao-da-via-judicial/>. Acesso em 15 Abr 2021.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LAMMÊGO, B. U. Curso de direito constitucional. São Paulo: Editora Saraiva.
Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172726/>.
Acesso em: 15 Nov. 2020.

MALDONADO, Maurílio. Separação dos Poderes e Sistema de Freios e Contrapesos: Desenvolvimento no Estado Brasileiro. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/503_arquivo.pdf. Acesso em: 08 Nov. 2020.

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZZA, A. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.
Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593266/>.
Acesso em: 12 Abr. 2021.

MONTESQUIEU. O Espírito das Leis, 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502105232/>.
Acesso em: 08 Nov. 2020.

SILVA, Daniel Neves. Absolutismo. Disponível em: <https://www.historiadomundo.com.br/idade-moderna/o-absolutismo-e-o-rei.htm>.
Acesso em: 08 Nov. 2020.

SOUZA NETO, C. P. SARMENTO, D. Direito Constitucional, Teoria, História e Métodos de Trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2016.

A DESAPROPRIAÇÃO PARA AS GERAÇÕES FUTURAS: UM OLHAR COM FOCO NO MEIO AMBIENTE

EXPROPRIATION FOR FUTURE GENERATIONS: AN APPROUCH BASED ON THE ENVIRONMENT

Ana Carolina Coelho Santos¹

RESUMO

A Constituição Federal garante o direito de propriedade, condicionando-o ao cumprimento da função social da propriedade, instituto que perpassa a ótica social, econômica e ambiental, quando se trata de propriedade rural. Os elementos necessários para a verificação do cumprimento da função social da propriedade estão expressos no texto constitucional e restaram regulamentados, no caso da propriedade rural, pela Lei 8.629/93, cuja inobservância pode levar à desapropriação. A Lei 14.119/21, que instituiu a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais, por sua vez, fez alteração nessa regulamentação, impactando os âmbitos econômico e ambiental da função social da propriedade rural e, por conseguinte, a sua desapropriação. Através de métodos qualitativos, analítico-descritivos, tomando como objeto de estudo o direito à propriedade, bem como os institutos da função social da propriedade rural, da propriedade produtiva e desapropriação, analisaram-se os impactos trazidos pela Lei 14.119/21 nos referidos institutos, como objetivo de verificar o posicionamento do Poder Público quanto ao aspecto ambiental e econômico da função social da propriedade. Verificou-se, assim, a superação da visão de que a propriedade rural apenas é produtiva e detém utilidade social quando nela há a intervenção humana, seja extrativista, minerária ou para atividades agrossilvopastoris (que fundamentou a inclusão da função social da propriedade na Constituição de 1967, a fim de possibilitar a desapropriação de áreas não utilizadas), passando-se à perspectiva de valorização dos serviços ambientais prestados por um

¹ Especialista em Direitos Sociais, Ambientais e do Consumidor pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD e aluna do curso de pós-graduação *latu-sensu* de Direito Público pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. Advogada. *E-mail:* anacs92@gmail

meio ambiente preservado, o que incentiva uma maior proteção ambiental, principalmente diante da previsão de possibilidade de pagamento por esses serviços.

Palavras-chave: Desapropriação. Função social da propriedade. Meio ambiente.

ABSTRACT

The Federal Constitution guarantees the right to property, conditioning it to the fulfillment of the social function of the property, that has a social, economic, and environmental perspective, when it comes to rural property. The necessary elements for verifying the fulfillment of the social function of the property are constitutionally provided and were regulated, in the case of rural property, by Law 8.629/93, whose non-observance can lead to expropriation. On the other hand, Law 14.119/21, which instituted the National Policy for Payment for Environmental Services, changed this regulation, impacting the economic and environmental spheres of the social function of rural property and, consequently, its expropriation. Through qualitative, analytical-descriptive methods, by studying the right of property, as well as the social function of rural property, productive property and expropriation, the impacts of Law 14.119/21 in the referred institutes were analyzed. The objective was to verify the point of view of Public authorities about the environmental and economic aspects of the social function of property. In the end, it was verified the overcoming of the view that rural property is only productive and has social utility when there is human intervention (conception which based the inclusion of the social function of property in the 1967 Constitution, in order to enable the expropriation of unused areas). Currently, the perspective is for valuing environmental services provided by a preserved environment, which encourages greater environmental protection, especially in view of the possibility of payment by these services.

Keywords: Expropriation. Property social function. Environment.

1 INTRODUÇÃO

O direito de propriedade é garantido pela Constituição Federal, mas para isso, é necessário que atenda não somente aos anseios do proprietário, mas contribua para a sociedade, de modo que o texto constitucional o condiciona ao cumprimento da função social da propriedade, cujos critérios para sua aferição são previstos na própria Carta Maior.

A função social, por sua vez, no que concerne à propriedade rural, perpassa os critérios sociais, econômicos e ambientais, sendo necessária a observância de todos esses para que se verifique seu cumprimento. Para as propriedades rurais produtivas, entretanto, basta o cumprimento do requisito econômico, que implica o uso de oitenta por cento das áreas utilizáveis do imóvel em atividades extrativistas ou agrossilvopastoris, conforme determina a Lei 8.629/93, o que importa na

necessidade de intervenção antrópica no meio ambiente para garantia do direito da propriedade rural.

Conforme mencionado, entretanto, o referido percentual diz respeito somente às áreas utilizáveis, de modo que a norma supramencionada além de especificar os critérios de verificação do cumprimento do requisito econômico/produktividade da propriedade, também se debruça sobre as áreas que não entram no cômputo para essa verificação, ou seja, as áreas não utilizáveis.

Por sua vez, a Lei 14.119/21, que entrou em vigor em janeiro deste ano, acrescentou dispositivo na lei supramencionada, criando hipótese de área não utilizável que modificou a percepção da utilização das áreas conservadas não protegidas por legislação ambiental.

Sendo assim, mediante a análise da garantia do direito de propriedade, do instituto da função social da propriedade e da propriedade produtiva, bem como dos critérios fixados na Lei 8.269/93 e das inovações trazidas pela Lei 14.119/21, pretende-se analisar o posicionamento do Poder Público sob a ótica ambiental da função social da propriedade/propriedade produtiva e, consequentemente, na desapropriação. Para isso foi empregado um método qualitativo, analítico e descritivo.

O tema é matéria de extrema importância para entender o modo como o contexto ambiental vem sendo tratado pelo Poder Público quando relacionado à garantia do direito de propriedade e sua função social, o que ganha ainda mais relevância quando se verifica que a Carta Maior impõe o dever de preservar o meio ambiente para as gerações atuais e futuras não somente ao particular, mas também ao Poder Público, bem como diante do cenário de crise ambiental vivido e a crescente necessidade de uma maior preservação ambiental para sua reversão.

2 DIREITO DE PROPRIEDADE E FUNÇÃO SOCIAL.

O direito de propriedade foi inicialmente concebido como um direito absoluto entre uma pessoa e uma coisa. Posteriormente, ao se perceber essa impossibilidade, eis que uma relação jurídica somente é cabível entre pessoas, passou-se à percepção do direito de propriedade como uma relação entre um indivíduo, o proprietário, que

é o sujeito ativo, e um sujeito passivo universal, todas as outras pessoas, que teria o dever de respeitar a propriedade².

Ao passar do tempo, essa visão é superada, passando-se a possibilitar limitação no direito de propriedade pelo Estado, como no Código de Napoleão que garantia o direito de gozar e dispor das coisas de modo absoluto desde que não se tornasse uso proibido por leis e regulamentos. Desse modo, condicionou-se gradualmente o exercício do direito de propriedade ao bem-estar social, tendo o sentido de direito de propriedade evoluído do individual para o social³. O bem-estar social, no caso, “é o bem comum, o bem do povo em geral, expresso sob todas as formas de satisfação da necessidade comunitária⁴”.

Atualmente, no Brasil, o direito de propriedade é previsto e garantido pela Constituição Federal, a qual impõe o atendimento à função social para sua garantia⁵, verificando-se, portanto, a característica social na propriedade.

A função social da propriedade foi prevista expressamente pela primeira vez no texto constitucional de 1967, sendo elencada como princípio básico à ordem econômica. A justificativa da emenda que levou à sua inclusão ao texto constitucional deixa claro o seu intuito, qual seja, de que o proprietário explore e mantenha a propriedade não somente em benefício próprio, dando-lhe também utilidade ao bem comum, de modo que o Estado possa expropriar aquelas inúteis e que poderiam ser cultivadas⁶.

Já atualmente, na Carta Cidadã, a função social da propriedade também aparece como princípio geral da ordem econômica nacional (art. 170, inciso III), além de figurar, conforme já mencionado, como um dever no uso da propriedade (art. 5º, inciso XXIII). Cabe ressaltar, ainda, que o texto constitucional prescreve os critérios para que se entenda como cumprida a função social, tanto para a propriedade urbana (art. 182, §2º), quanto para a propriedade rural (art. 186)⁷.

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 5ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

⁴ MEIRELLES, Lopes Hely. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1990. p. 509.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 5ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 13ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

No caso da propriedade urbana, verifica-se que a sua função social resta cumprida quando alcança as exigências fundamentais de ordenação da cidade previstas no plano diretor⁸.

No que concerne à propriedade rural, é necessário que cumpra simultaneamente os requisitos previstos nos incisos do art. 186 da Carta Maior, cujos critérios e graus de exigência restaram estabelecidos na Lei 8.629, de 24 de fevereiro de 1993, e Lei Complementar 76, de 06 de julho de 1993. Os requisitos constitucionais são:

- I - aproveitamento racional e adequado;
- II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores⁹.

Quanto ao aproveitamento racional e adequado, verifica-se que este requisito corresponde ao que é previsto no Estatuto da Terra como níveis satisfatórios de produtividade, e é mensurado, nos termos da Lei 8.629/1993, pelos graus de utilização e de eficiência na exploração¹⁰. Quanto ao grau de utilização, este deverá ser de 80%, calculado pela relação percentual entre a área efetivamente utilizada e a área aproveitável total do imóvel. Quanto à eficiência na exploração, esta deverá ser de 100%, baseada em sistemática prevista na referida norma¹¹. Assim, a produtividade figura como um dos elementos da função social da propriedade rural, consubstanciando uma visão econômica.

No que se refere à utilização adequada dos recursos naturais e preservação do meio ambiente, cinge-se, conforme prescreve a Lei 8.629/1993, ao respeito à vocação natural da terra, mantendo-se o potencial produtivo do imóvel, e, ainda, a

⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15/04/2021.

⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15/04/2021.

¹⁰ MARQUES, Benedito Ferreira; MARQUES, Carla Regina Silva. *Direito Agrário Brasileiro*. 12ed. São Paulo: Atlas, 2016.

¹¹ BRASIL. Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8629.htm>. Acesso em: 15/04/2021.

preservação das características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais necessárias ao equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas¹². Portanto, “a própria função social da propriedade ficou submetida à necessidade de preservação ambiental”¹³, de modo se verifica uma ótica ecológica da função social da propriedade.

Os outros dois requisitos ressaltam uma perspectiva social, pois cuidam da observância das disposições que regulam as relações de trabalho e o favorecimento do bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores rurais; mas que, diante dos objetivos deste estudo, não merecem maior aprofundamento.

Nesse ponto, cabe ressaltar que a função social do imóvel rural constitucionalmente prevista “ilustra a sua preocupação multidisciplinar, relacionada não somente a Direito Agrário, mas também a Direito Ambiental, a Direitos Fundamentais e a Direito do Trabalho”¹⁴.

Assim, verifica-se que, conforme os ditames contidos na Carta Magna, o direito de propriedade é garantido, mas está vinculado ao atendimento de sua função social que perpassa a ótica econômica, social e ambiental. Desse modo, torna-se indispensável, segundo o texto constitucional, que o imóvel tenha utilidade para o bem comum em diversas esferas, a fim de que a propriedade seja garantida.

3 O DESCUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL E A DESAPROPRIAÇÃO

Quando utilizada a propriedade contra o bem comum da coletividade, o Estado poderá intervir. Dentre os possíveis atos de intervenção, encontra-se a desapropriação, forma mais dramática de interferência na propriedade privada, que implica a “transferência compulsória da propriedade particular (ou pública de entidade de grau inferior para a superior) para o Poder Público ou seus delegados,

¹² BRASIL. Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8629.htm>. Acesso em: 15/04/2021.

¹³ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 21ed. São Paulo: Atlas, 2020.

¹⁴ COUTO, Reinaldo. *Curso de Direito Administrativo*. 4ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.p. 828.

por utilidade ou necessidade pública, ou, ainda, interesse social¹⁵”, figurando, portanto, como instrumento utilizado pelo Estado para conciliar a garantia da propriedade individual e sua função social, ou seja, para a compatibilizá-la com o bem-estar da coletividade, mediante indenização.

No caso do imóvel urbano que não cumpre sua função social, o Poder Público municipal poderá exigir do proprietário do solo urbano não utilizado, subutilizado ou não edificado que o utilize adequadamente sob pena de serem aplicadas, sucessivamente, as seguintes sanções: parcelamento ou edificação compulsórios, imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressiva no tempo ou, ainda, a desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública¹⁶. Ou seja, a desapropriação é última medida a ser utilizada para que haja a destinação correta do bem, que não será aprofundada por não se tratar do escopo deste estudo.

No que se refere ao imóvel rural, por sua vez, o descumprimento da função social recai na possibilidade da desapropriação de imediato, conforme prescreve o texto constitucional que “não exige adoção de medidas anteriores e sucessivas, podendo, observados os requisitos constitucionais, ser, de logo, decretada¹⁷” para fins de reforma agrária, por interesse social. Desta maneira, no caso de não atendimento daqueles preceitos previstos nos incisos do art. 186 da Carta Magna, que recai no não cumprimento da função social, a desapropriação é medida/sanção cabível.

Cabe salientar, nesse ponto, que a Constituição Federal traz hipóteses de exceção para referida modalidade de desapropriação, quais sejam, a pequena e média propriedade rural quando o proprietário não possuir outra; e, ainda, a propriedade produtiva. Quanto à essa última, impõe tratamento especial garantido por lei, que fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos à sua função social¹⁸.

¹⁵ MEIRELLES, Lopes Hely. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1990. p. 512.

¹⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 22/11/2020.

¹⁷ COUTO, Reinaldo. *Curso de Direito Administrativo*. 4ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.p. 827.

¹⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15/04/2021.

O conceito de propriedade produtiva foi previsto na Lei 8.629/93 e utiliza o mesmo parâmetro para a verificação da utilização adequada e racional da função social da propriedade rural, pois se considera “propriedade produtiva aquela que, explorada econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, graus de utilização da terra e de eficiência na exploração”¹⁹, nos percentuais de 80% e 100%, respectivamente. Desse modo, “tal como foi definida a Propriedade Produtiva, na Lei nº 8.629/93 (art. 6º), somente foi exigido o componente econômico, abstraindo-se inteiramente os componentes social e ecológico”²⁰.

Nesse ínterim, cabe o apontamento do entendimento de que bastaria que qualquer propriedade rural cumprisse unicamente sua função social quanto ao quesito econômico que não mais estaria sujeita à desapropriação, ainda que desatendidos os demais requisitos (ambientais e sociais). Conforme alude Silva:

A constituição estabeleceu que a lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos à sua função social. De certo modo, isso está previsto em relação a qualquer propriedade rural, pois é isso mesmo que significa a cláusula, constante do art. 186, ao estatuir que a função social será cumprida pela observância simultânea dos requisitos enumerados. Segundos critérios e graus de exigência estabelecidos em lei. A proibição de desapropriação para a propriedade produtiva, para fins de reforma agrária, com pagamento de indenização mediante título da dívida agrária é, ao nosso ver, absoluta, sendo inútil procurar interpretação diferente com base em nossos desejos²¹.

Consequentemente, segundo essa ótica, manteve-se o entendimento que levou à inclusão da função social da propriedade no texto constitucional de 1967, no sentido de evitar a subutilização das grandes propriedades rurais que poderiam ser cultivadas, o que insinua que o critério ambiental da função social da propriedade não parece figurar com igual importância ao econômico, o que também seria aplicável ao social.

¹⁹ BRASIL. Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8629.htm>. Acesso em: 15/04/2021.

²⁰ MARQUES, Benedito Ferreira; MARQUES, Carla Regina Silva. *Direito Agrário Brasileiro*. 12ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 65.

²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 5ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 686.

De toda sorte, para que a propriedade rural não seja passível de desapropriação, em outros termos, para que seja considerada produtiva ou cumpra sua função social, é necessária a utilização de oitenta por cento da área aproveitável do imóvel, considerando-se efetivamente utilizadas:

I - as áreas plantadas com produtos vegetais;

II - as áreas de pastagens nativas e plantadas, observado o índice de lotação por zona de pecuária, fixado pelo Poder Executivo;

III - as áreas de exploração extrativa vegetal ou florestal, observados os índices de rendimento estabelecidos pelo órgão competente do Poder Executivo, para cada Microrregião Homogênea, e a legislação ambiental;

IV - as áreas de exploração de florestas nativas, de acordo com plano de exploração e nas condições estabelecidas pelo órgão federal competente;

V - as áreas sob processos técnicos de formação ou recuperação de pastagens ou de culturas permanentes, tecnicamente conduzidas e devidamente comprovadas, mediante documentação e Anotação de Responsabilidade Técnica²².

É notório, portanto, que o conceito de utilização impõe que ações antrópicas que alteram e impactam o meio ambiente sejam executadas em pelo menos 80% das áreas aproveitáveis do imóvel, a fim de que este seja considerado produtivo ou como tendo sua função social cumprida. Sendo assim, o proprietário é obrigado, por lei, para ter seu direito de propriedade garantido, a intervir e impactar o meio ambiente.

4 A POLÍTICA NACIONAL DE PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS E A MUDANÇA DE VISÃO DO PODER PÚBLICO NO CENÁRIO DA DESAPROPRIAÇÃO DE ÁREA RURAL PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA

Conforme se verificou, para que o direito de propriedade sobre a propriedade rural seja garantido, esta deve cumprir a sua função social ou ser considerada produtiva, o que implica que deverão ser realizados processos antrópicos, que

²² BRASIL. Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8629.htm>. Acesso em: 15/04/2021.

impactamo meio ambiente, emno mínimo oitenta por cento da área aproveitável do imóvel rural.

A área não aproveitável no imóvel rural, ou seja, aquela que não será computada para o cálculo do percentual mínimo de oitenta por cento, é previsto no art. 10 da Lei 8.629/93, no qual foi acrescentado recentemente, pela Lei 14.119/21, uma nova hipótese. São consideradas áreas não aproveitáveis:

- I - as áreas ocupadas por construções e instalações, excetuadas aquelas destinadas a fins produtivos, como estufas, viveiros, sementeiros, tanques de reprodução e criação de peixes e outros semelhantes;
- II - as áreas comprovadamente imprestáveis para qualquer tipo de exploração agrícola, pecuária, florestal ou extrativa vegetal;
- III - as áreas sob efetiva exploração mineral;
- IV - as áreas de efetiva preservação permanente e demais áreas protegidas por legislação relativa à conservação dos recursos naturais e à preservação do meio ambiente.
- V - as áreas com remanescentes de vegetação nativa efetivamente conservada não protegidas pela legislação ambiental e não submetidas a exploração nos termos do inciso IV do § 3º do art. 6º desta Lei²³.

Destaca-se que a previsão contida no inciso V, trazido pela Lei 14.119/21, que entrou em vigor em janeiro do ano corrente e instituiu a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais²⁴, isto é, as áreas com vegetação nativa conservada e não protegidas pela legislação ambiental, traz um grande avanço no instituto de desapropriação e na ótica da Administração Pública quanto à preservação ambiental no âmbito da garantia da propriedade.

Conforme se depreende, antes do referido acréscimo, seria necessário, para garantir o direito de propriedade do imóvel rural, que se fizessem intervenções antrópicas em área com vegetação nativa devidamente preservada, sendo impossível ao proprietário optar pela conservação da área quando não fossem protegidas pela

²³ BRASIL. Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8629.htm>. Acesso em: 15/04/2021.

²⁴ BRASIL. Lei nº 14.119, de 3 de janeiro de 2021. Institui a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais; e altera as Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para adequá-las à nova política. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14119.htm#art24>. Acesso em: 16/04/2021.

legislação ambiental. Sendo assim, para a conservação dessa área com vegetação nativa conservada seria necessário transformar aquela área em Unidade de Conservação para que fosse possível mantê-la sem intervenções antrópicas e resguardar o direito de propriedade, pois assim restaria amparada pela legislação ambiental e não seria contabilizada para o cálculo do percentual mínimo de oitenta por cento de área utilizada.

Portanto, seria necessário que o proprietário estabelecesse uma Reserva Particular do Patrimônio Natural, que grava a propriedade com perpetuidade, a fim de conservar a diversidade biológica. Na área objeto do gravame seriam apenas permitidas pesquisas científicas, visitação com objetivos turísticos, recreativos e educacionais²⁵; o que impediria o proprietário de fazer qualquer tipo de produção agrícola, pecuarista ou extrativista em um momento posterior, tendo em vista o caráter de perpetuidade do gravame.

Diante desse cenário, a preservação de áreas com vegetação nativa devidamente conservadas não sujeitas à proteção pela legislação ambiental estaria sendo dificultada ou, no mínimo, desincentivada, eis que para manter seu direito de propriedade garantido, sem estar sujeita a propriedade rural à desapropriação, seria indispensável a utilização da área para produção agrícola ou submetê-la à alguma outra forma de intervenção/exploração antrópica, ou, ainda, à gravame com perpetuidade da área para fins de conservação, possibilitando-se no local somente pesquisa científica, visitação turística, recreativa ou educacional.

O acréscimo trazido, portanto, pela Lei 14.119/21 traz grande avanço para a conservação de áreas com vegetação nativa preservada, eis que possibilita a escolha do proprietário pela sua conservação sem que seja necessário gravame com caráter perpétuo que impossibilite uso futuro para fins agrícola, pecuarista ou extrativista.

Vê-se, portanto, que a alteração demonstra uma mudança de visão do Poder Público que passa a entender como produtiva a área conservada pelos serviços ambientais dali decorrentes, superando-se a visão de que a área não cultivada estaria sendo inutilizada pelo proprietário; recorde-se que foi esse entendimento que levou a função social da propriedade a ser inserida na Constituição de 1967, a fim de

²⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 21ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 793.

possibilitar a sua desapropriação. Assim, constata-se a superação dessa visão, dando maior resguardo para a função social da propriedade sob a ótica ambiental.

Relembre-se, nesse ponto, que os serviços ambientais, “que são, simplisticamente, os benefícios que o meio ambiente bem conservado traz para a coletividade em geral”²⁶, que implicam processos que a natureza gera mediante os ecossistemas e mantém a biodiversidade e permitem a sustentação da vida na terra, há muito tem sua importância tratada pela doutrina, bem como trouxeram o incentivo pelo seu pagamento para o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nesses termos lecionam os doutos:

A ideia é recompensar pessoas ou populações que, por razões pessoais ou de destino, se encontram numa posição de controle da qualidade de determinados bens ambientais (situadas na nascente de um curso de água; detentoras de terras em áreas florestais ou em zonas de biodiversidade protegida) pela promoção da qualidade ecossistêmica desses bens ou por abdicarem de toda ou parte da capacidade de aproveitamento em prol de comunidades mais vastas ou do próprio ecossistema por si só.

(...)

Por meio da remuneração da sua manutenção e valorização ecossistêmica, os beneficiários dos serviços ambientais redistribuem riqueza aos provedores dos serviços, que abdicam de oportunidades de alteração do uso dos bens em favor da coletividade. E tal redistribuição transforma comportamentos ambientalmente indiferentes em atuações ambientalmente conformadas, o que tem projeção no médio e longo prazo, contribuindo para o incremento da sustentabilidade ecológica²⁷.

Assim sendo, a nova legislação não apenas facilita a escolha pela preservação ambiental, mas fomenta o dever de preservação ambiental, prescrito no texto constitucional, no art. 225, que é tanto do Poder Público quanto do particular e que deve ser pensado para as presentes e futuras gerações²⁸, pois contempla a importância desses serviços e possibilita a remuneração aos proprietários das áreas

²⁶ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 21ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 17.

²⁷ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Direito Ambiental Contemporâneo*, 1ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 186.

²⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15/04/2021.

que os promovem²⁹, possibilitando a manutenção de um ambiente ecologicamente equilibrado para as gerações atuais e futuras.

Assim, a mudança de visão do Poder Público sobre as áreas passíveis de exploração resta latente, eis que com a vigência da Lei 14.119/21 não somente se possibilitou a sua manutenção da vegetação nativa conservada sem a necessidade da proteção pela legislação ambiental para tanto, mas também se possibilitou a remuneração do proprietário da área que presta os serviços ambientais, deixando claro que uma propriedade é útil e proveitosa quando nela há conservação ambiental e que os serviços por ela prestados merecem remuneração e são proveitosos para a sociedade, para as presentes e futuras gerações.

Desse modo, há um avanço no campo da desapropriação, que perpassa os institutos da função social da propriedade e propriedade produtiva, pois se passou a amparar aquele que quer conservar áreas não protegidas pela legislação ambiental, e, dessa forma, contempla o aspecto ambiental da função social da propriedade ao retirar da sujeição à desapropriação o imóvel cujo proprietário escolha preservar a vegetação nativa, ainda que não com caráter perpétuo.

5 CONCLUSÃO

Mediante o estudo da garantia constitucional do direito de propriedade, conseguiu-se verificar a sua sujeição ao atendimento da função social da propriedade, ou seja, ao bem-estar social, que perpassa a ótica econômica, ambiental e social, no caso da propriedade rural.

Quando não cumprida a função social, a propriedade está sujeita à desapropriação, instrumento que implica transferência compulsória da propriedade particular para o Poder Público, a fim de que seja utilizada de acordo com os anseios sociais, para o bem comum.

²⁹ BRASIL. Lei nº 14.119, de 3 de janeiro de 2021. Institui a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais; e altera as Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para adequá-las à nova política. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14119.htm#art24>. Acesso em: 16/04/2021.

No caso da propriedade rural, para que não esteja sujeita à desapropriação para fins de reforma agrária, por interesse social, é necessário que cumpra sua função social ou que seja considerada produtiva, tendo em vista que a Constituição garantiu tratamento especial para a propriedade produtiva em lei, no caso a Lei 8.629/93, que nada dispõe acerca da necessidade de serem garantidos os requisitos sociais e ambientais para sua consideração como produtiva.

De todo modo, conforme se constatou, os requisitos para se verificar se cumprida a função social e para se considerar como produtiva uma propriedade são os mesmos, qual seja, é necessária a utilização em atividades agrossilvopastoris ou extrativistas de no mínimo oitenta por cento da área utilizável do imóvel, de modo que o proprietário do imóvel rural é obrigado a executar atividades antrópicas que impactam o meio ambiente para ter resguardado o seu direito de propriedade.

Restavam excluídas do cômputo de áreas utilizáveis, até janeiro do ano vigente, apenas as áreas ocupadas por construções e instalações, as comprovadamente impréstáveis para exploração, as já sujeitas à exploração mineral ou as resguardadas pela legislação ambiental. Sendo assim, o proprietário não poderia optar por conservar área com vegetação nativa que contribuisse para o equilíbrio ambiental, sendo obrigado por lei a nela intervir e impactar ambientalmente a área com ações antrópicas.

Entretanto, com a edição da Lei 14.119/21, incluiu-se nova hipótese de área não utilizável e que não é computada para o cálculo de utilização da área que deve chegar a 80%, qual seja, as áreas com vegetação nativa efetivamente conservada e não protegidas pela legislação ambiental.

Assim sendo, referida lei trouxe um avanço para a preservação ambiental, para o instituto da desapropriação e, ainda, da função social da propriedade, eis que se possibilita a preservação ambiental sem que seja necessária a criação de Unidade de Conservação, ou seja, de Reserva Particular do Patrimônio Natural, a fim de conservar a diversidade biológica, que grava com perpetuidade a área para fins de conservação ambiental e impossibilita o seu uso futuro para atividades agrossilvopastoris ou extrativistas.

Desse modo, há um incentivo à preservação ambiental, o qual figura ainda maior ao se verificar a possibilidade de pagamento pelos serviços ambientais prestados pela área devidamente conservada, restando superada a visão de que uma área que não seja objeto de atividades agrossilvopastoris ou extrativistas não está sendo utilizada pelo proprietário, eis que se começa a perceber as áreas preservadas como geradoras de serviços ambientais, que geram frutos para a sociedade e lhe são úteis.

Portanto, verificou-se um avanço com a edição da Lei 14.119/21, no que se refere ao instituto da desapropriação e da função social da propriedade e, também, das áreas produtivas, eis que é possível verificar um maior enfoque ambiental dos institutos que passam a garantir o direito do proprietário de optar pela preservação ambiental (sem caráter perpétuo) e que o incentiva nesse sentido diante da possibilidade de remuneração pelos serviços ambientais e impossibilidade de desapropriação de sua propriedade por tal escolha, revelando uma maior sintonia com o dever ambiental prescrito na Carta Maior, que é dever do Poder Público e coletividade, e precisa ser pensado para gerações atuais e futuras.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 21ed. São Paulo: Atlas, 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15/04/2021.

BRASIL. Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8629.htm>. Acesso em: 15/04/2021.

BRASIL. Lei nº 14.119, de 3 de janeiro de 2021. Institui a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais; e altera as Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para adequá-las à nova política. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2021/Lei/L14119.htm#art24>. Acesso em: 16/04/2021.

COUTO, Reinaldo. *Curso de Direito Administrativo*. 4ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Direito Ambiental Contemporâneo*. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARQUES, Benedito Ferreira; MARQUES, Carla Regina Silva. *Direito Agrário Brasileiro*. 12ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MEIRELLES, Lopes Hely. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 13ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 5ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

APONTAMENTOS SOBRE A LEI 8.429/1992 (LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA) E SOBRE A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA PREVISÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA MODALIDADE CULPOSA

Patrícia Ferreira Lopes Pimentel Telles de Vasconcellos¹

RESUMO

O presente artigo pretende examinar alguns aspectos da Lei nº 8.429/1992, denominada Lei de Improbidade Administrativa. Narra o contexto em que foi editada referida norma, debate o próprio conceito de improbidade administrativa, e, por fim, defende incompatibilidade do instituto da modalidade de improbidade culposa, prevista pelo art. 10, da Lei nº 8.429/92.

Palavras-chave: improbidade – culposa – inconstitucionalidade

ABSTRACT

The present article examines some aspects of Law nº 8,429/1992 – Administrative Improbability Law. It describes the context in which that rule was published, discusses the very concept of administrative improbity, and finally, defends the incompatibility with the Constitution of 1988 of the culpable modality of improbity, as referred to in art. 10 of Law nº 8,429/1992.

Keywords: improbity – culpable – unconstitutional

1 DA LEI Nº 8.429/1992 – A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – APONTAMENTOS INICIAIS

Impulsionado por uma legítima aspiração de combate à corrupção na Administração Pública, o Brasil pós Constituição de 1988 tem sido cenário da

¹ Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito – EPD. Analista Judiciária – Área Judiciária - Tribunal Superior do Trabalho. Email: ppimentel78@hotmail.com

construção de um “sistema legal de defesa da moralidade administrativa”. Trata-se de teia normativa composta pelos seguintes diplomas legais: Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos); Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência); Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa); Código Penal (arts. 312 *et seq.*, que regema questão dos crimes praticados contra a administração pública; Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa); e da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). É seguro afirmar, todavia, que diplomas normativos gerados sob forte – malgrado legítima – pressão popular, de forma irrefletida e açodada, não raramente geram falhas regulatórias (*regulatory failures*), dada a superficialidade das análises, e os decorrentes erros de diagnóstico².

Trata-se de crítica aplicável a alguns aspectos específicos da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). É o que se defenderá a seguir.

Para tanto, impõe-se percorrer trajeto lógico e tecer breves observações, inicialmente acerca da hermenêutica constitucional.

A norma constitucional apresenta características que lhe são peculiares, enumeradas por Luís Roberto Barroso, e citadas na obra de Eduardo Maffia Queiroz Nobre, como sendo a) a superioridade hierárquica; b) a natureza da linguagem; e c) o conteúdo específico³.

Quanto ao primeiro item, esclarece o jurista que a norma constitucional goza de caráter paradigmático e que subordina todo o ordenamento jurídico⁴.

² BRASIL: O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto. 25/5/2018. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opiniao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto>. Acesso em: 12/4/2021.

³ NOBRE, Eduardo Maffia Queiroz. A inconstitucionalidade da improbidade administrativa na modalidade culposa. 166 f Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), no programa de Mestrado em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. Antônio Mendes. São Paulo: PUC-SP, 2015. p. 18. DOI: <https://pergamum.pucsp.br/pergamum/biblioteca/index.php?word=eduardo+maffia+queiroz+nobr>. Acesso em 12/4/2021.

⁴ NOBRE, Eduardo Maffia Queiroz. A inconstitucionalidade da improbidade administrativa na modalidade culposa. 166 f Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), no programa de Mestrado em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. Antônio Mendes. São Paulo: PUC-SP, 2015. P. 18. DOI: <https://pergamum.pucsp.br/pergamum/biblioteca/index.php?word=eduardo+maffia+queiroz+nobr>. Acesso em 12/4/2021.

Já quanto ao segundo item, conforme destaca Eduardo Maffia, é da natureza da linguagem constitucional a maior abstração, e a menor densidade jurídica das normas veiculadas, de característica principiológica e esquemática⁵.

Quanto à especificidade do conteúdo, e prosseguindo na citação de Barroso, Eduardo Maffia Nobre refere que há no texto da Constituição, além das normas de organização, as normas chamadas programáticas, cujas disposições sinalizam valores a serem protegidos e fins sociais a serem buscados⁶.

Conclui Maffia, destacando a complexidade do ato de interpretação constitucional, e apontando que, na busca pela concretização das normas (busca por definir o conteúdo e pelo sentido da norma jurídica), cabe ao interprete constitucional recorrer a princípios hermenêuticos adequados e específicos para obter, do próprio ordenamento jurídico, uma resposta à questão posta.

Vale, no ponto, citar ainda os princípios que devem nortear o exegeta constitucional, conforme classificação proposta por Inocêncio Mártires Coelho, também citado na obra de Eduardo Maffia: a) Princípio da unidade da Constituição; b) princípio do efeito integrador; c) princípio da máxima efetividade; d) princípio da conformidade funcional; e) princípio da harmonização; f) princípio da força normativa da Constituição; g) princípio da interpretação conforme⁷.

⁵ NOBRE, Eduardo Maffia Queiroz. A inconstitucionalidade da improbidade administrativa na modalidade culposa. 166 f Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), no programa de Mestrado em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. Antônio Mendes. São Paulo: PUC-SP, 2015. p. 18. DOI: <https://pergamum.pucsp.br/pergamum/biblioteca/index.php?word=eduardo+maffia+queiroz+nobr>. Acesso em 12/4/2021.

⁶ “(...) disposições indicadoras de valores a serem preservados e de fins sociais a serem alcançados. (...) Característica dessas regras é que elas não especificam qualquer conduta a ser seguida pelo Poder Público, apenas apontando linhas diretoras. Por explicitarem fins sem indicarem os meios, investem os jurisdicionados em uma posição menos consistente do que as normas de conduta típicas, de vez que não conferem direito subjetivo em sua versão positiva de exigibilidade de determinada prestação”. NOBRE, Eduardo Maffia Queiroz. A inconstitucionalidade da improbidade administrativa na modalidade culposa. 166 f Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), no programa de Mestrado em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. Antônio Mendes. São Paulo: PUC-SP, 2015. p. 18 DOI: <https://pergamum.pucsp.br/pergamum/biblioteca/index.php?word=eduardo+maffia+queiroz+nobr>. Acesso em 12/4/2021.

⁷ NOBRE, Eduardo Maffia Queiroz. A inconstitucionalidade da improbidade administrativa na modalidade culposa. 166 f Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), no programa de Mestrado em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. Antônio Mendes. São Paulo: PUC-SP, 2015. p. 25-30. DOI: <https://pergamum.pucsp.br/pergamum/biblioteca/index.php?word=eduardo+maffia+queiroz+nobr>. Acesso em 12/4/2021.

Cabe aqui destacada menção aos princípios da proporcionalidade (mecanismo utilizado para solucionar conflitos entre direitos fundamentais ou princípios), e da razoabilidade (em sua gênese germânica, um instrumento utilizado para aferição de constitucionalidade de determinadas leis)⁸.

Trata-se dos mecanismos e critérios ofertados ao intérprete legal e constitucional para a aferição que ora se propõe, de compatibilidade do conteúdo do art. 10, da Lei nº 8.429/1992 com a Constituição de 1988.

Impõe-se examinar, a partir deste ponto, os princípios que regem a atuação da Administração, a serem utilizados como critério para investigação proposta.

Os princípios que regem a Administração Pública revelam o “*padrão que deve pautar todos os atos e atividades administrativas de todo aquele que exerce o poder público*”⁹.

Cabe aqui destacar a força normativa alcançada pelos princípios constitucionais no pós-positivismo.

As práticas autoritárias durante e após a Segunda Grande Guerra, amparadas nos textos normativos então vigentes, impulsionaram o afastamento do positivismo jurídico, que conferia excessivo valor ao texto legal, e aos ideais de segurança. Tal movimento perdeu, então, força, como que se abriu espaço a um novo paradigma: o pós-positivismo, cujo traço característico é “*o reconhecimento da normatividade primária dos princípios constitucionais*”, que passam a ser reconhecidas como normas jurídicas, assim como as regras, podendo ser invocados a controlar a juridicidade da atuação estatal¹⁰.

Os dois principais princípios, decorrentes do binômio presente no Direito Administrativo – liberdade individual e autoridade da administração – são o

⁸ NOBRE, Eduardo Maffia Queiroz. A inconstitucionalidade da improbidade administrativa na modalidade culposa. 166 f. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), no programa de Mestrado em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. Antônio Mendes. São Paulo: PUC-SP, 2015. p. 32-33. DOI: <https://pergamum.pucsp.br/pergamum/biblioteca/index.php?word=eduardo+maffia+queiroz+nobr>. Acesso em 12/4/2021.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo. Editora Malheiros, 2003. p. 86.

¹⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. São Paulo. Editora Método, 2013. p. 23.

princípio da legalidade e o da supremacia do interesse público. A partir deles, são erigidos os demais princípios que regem a Administração Pública¹¹.

São expressamente referidos pela Constituição de 1988 os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade administrativa, publicidade e eficiência (este último inserido no texto constitucional pela EC nº 19/98).

A Lei nº 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo Federal) faz referência aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Leis esparsas ainda referem a princípios específicos, aplicáveis a determinados processos (Lei nº 8.666/93, Lei 8.987/95)¹².

Far-se-á menção pormenorizada apenas aos princípios constitucionais da legalidade e da moralidade administrativa.

O princípio da legalidade, inserido no conceito da *juridicidade*, representa uma das mais importantes garantias de respeito aos direitos individuais conferidas ao cidadão pelo Estado Democrático de Direito¹³.

No particular, prevalece atualmente na doutrina clássica e na praxe jurídica, a percepção de que a Administração Pública se encontra positivamente vinculada à lei, cabendo a reprodução da célebre lição do professor Hely Lopes Meirelles quanto ao tema: “*Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza*”.

Esclareça-se, por imperioso, que a adequação a um texto legal específico, não pode ser o único parâmetro a nortear a atuação da Administração Pública. Impõe-se sua adequação ao “bloco de legalidade”, integrado pelas demais normas consagradas pelo ordenamento jurídico. É o que prescreve o princípio da juridicidade, que confere maior importância ao Direito, globalmente. Deflui daí que a Administração Pública deve conduzir-se pela busca da efetivação das normas constitucionais,

¹¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 24ª edição. São Paulo. Editora Atlas, 2011. p. 64.

¹² PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 24ª edição. São Paulo. Editora Atlas, 2011. p. 64.

¹³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 24ª edição. São Paulo. Editora Atlas, 2011. p. 64.

pautando-se “*pelos parâmetros da legalidade e da legitimidade intrínsecos ao Estado Democrático de Direito*”¹⁴.

Já a moralidade administrativa impõe atuação relacionada com a ética, a lealdade e a seriedade¹⁵. Implica distinção entre o honesto e o desonesto. Trata-se de conceito nascido de forma relacionada à da ideia de desvio de poder, e junto a ela se desenvolveu. A imoralidade estaria, portanto, necessariamente relacionada à intenção de quem pratica o ato¹⁶.

Relevante ponderação que impõe é quanto à necessidade de distinção entre a moral comum, a moral jurídica, e, ainda, o moralismo.

Há, sim, uma zona de interseção de valores éticos, que adquiriram caráter jurídico e, esses sim, força normativa. Esta é a moral jurídica¹⁷.

Sem dúvida, cuida-se de conceito de elevado grau de indeterminação. Tal fato, todavia, não pode justificar sua não aplicação, em sua totalidade, ou ainda sua não utilização como diretriz e limite à atuação da Administração Pública, e como referencial de validade e controle dos atos praticados pela Administração¹⁸.

Impõe-se, ainda a fim de viabilizar a análise proposta, sobre a compatibilidade do art. 10, da Lei nº 8.429/1992 com texto constitucional de 1988, esclarecer que se adota a tese externada por Eduardo Maffia Queiroz Nobre, de que, à míngua, ao menos, do elemento *culpa*, não cabe punição ao ato administrativo ilícito. É o que se extrai da aplicação da teoria finalística, aplicada ao Direito Penal

¹⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. São Paulo. Editora Método, 2013. p. 27-28.

¹⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. São Paulo. Editora Método, 2013. p. 28

¹⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 24ª edição. São Paulo. Editora Atlas, 2011. p. 64

¹⁷ NOBRE, Eduardo Maffia Queiroz. A inconstitucionalidade da improbidade administrativa na modalidade culposa. 166 f Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), no programa de Mestrado em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. Antônio Mendes. São Paulo: PUC-SP, 2015. p. 53. DOI: <https://pergamum.pucsp.br/pergamum/biblioteca/index.php?word=eduardo+maffia+queiroz+nobr>. Acesso em 12/4/2021.

¹⁸ NOBRE, Eduardo Maffia Queiroz. A inconstitucionalidade da improbidade administrativa na modalidade culposa. 166 f Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), no programa de Mestrado em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. Antônio Mendes. São Paulo: PUC-SP, 2015. p. 55. DOI: <https://pergamum.pucsp.br/pergamum/biblioteca/index.php?word=eduardo+maffia+queiroz+nobr>. Acesso em 12/4/2021.

pátrio, segundo a qual, na ausência de dolo ou culpa, está-se diante de fato atípico. Exige-se mais que a mera capacidade do agente de distinguir entre o correto e o errado a fim de que se caracterize um ato ilícito¹⁹.

Fixados os alicerces anteriores, passamos ao exame específico da norma objeto de estudo.

2 APONTAMENTOS SOBRE O HISTÓRICO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Constituição Federal de 1988 trouxe diversas inovações, sendo uma delas a inserção de referências expressas ao ato de improbidade no seu capítulo VII, relativo à Administração Pública, já em seu primeiro artigo (art. 37)²⁰, e também nos seus arts. 14, parágrafo 9º, e 15, inciso V²¹.

Por fim, a Carta Política refere expressamente a improbidade administrativa, ao enumerar as hipóteses de suspensão e perda de direitos políticos, extraindo-se do seu art. 15, V, que “*é vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: (...) V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º*”²².

¹⁹ NOBRE, Eduardo Maffia Queiroz. A inconstitucionalidade da improbidade administrativa na modalidade culposa. 166 f Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), no programa de Mestrado em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. Antônio Mendes. São Paulo: PUC-SP, 2015. p. 61-62. DOI: <https://pergamum.pucsp.br/pergamum/biblioteca/index.php?word=eduardo+maffia+queiroz+nobr>. Acesso em 12/4/2021.

²⁰ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). (...) § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em [Constituicao-Compilado\(planalto.gov.br\)](http://Constituicao-Compilado(planalto.gov.br)). Acesso em 11/4/2021

²¹ O art. 14, parágrafo 9º, da CF de 1988, refere o instituto da improbidade administrativa, remetendo a lei complementar “*outros casos de inelegibilidade e outros prazos para sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na Administração direta ou indireta*”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em [Constituicao-Compilado\(planalto.gov.br\)](http://Constituicao-Compilado(planalto.gov.br)). Acesso em 11/4/2021.

²² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em [Constituicao-Compilado\(planalto.gov.br\)](http://Constituicao-Compilado(planalto.gov.br)). Acesso em 11/4/2021.

Não foi a primeira referência do ordenamento jurídico pátrio à figura da improbidade administrativa, ainda que sob distintas alcunhas.

Desde 1941 eram previstas condutas, e correspondentes sanções, relacionadas ao exercício de cargos e funções públicos, seu desvio, o enriquecimento ilícito resultante desse exercício, e a lesão ao erário.

No tópico merecem menção o Decreto 3.240/41, subscrito por Getúlio Vargas²³, a Constituição da República de 1946²⁴, e a Lei Pitombo-Godoy Ilha (Lei nº 3.164/57), que veio a regulamentar a Constituição de 1946²⁵. Ainda, sem revogar o diploma antes referido veio, em 1958, a Lei nº 3.502 a regular o sequestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função²⁶, trazendo inovações relevantes²⁷.

Já a Constituição de 1967, igualmente previa em seu artigo 150, parágrafo 11, posteriormente alterado para artigo 153, parágrafo 11, pela EC nº 1/69, o *“perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública”*²⁸.

²³ O Decreto 3.240/41 previa, em seu primeiro artigo, que ficavam “sujeitos a sequestro os bens de pessoa indicada por crime de que resulta prejuízo para a fazenda pública, ou por crime definido no Livro II, Títulos V, VI e VII da Consolidação das Leis Penais desde que dele resulte locupletamento ilícito para o indiciado”. BRASIL. Decreto-lei nº 3.240, de 8 de maio de 1941. Disponível em: Del3240 (planalto.gov.br). Acesso em 12/4/2021

²⁴ A Constituição da República de 1946, no capítulo destinado aos Direitos e Garantias Individuais, previa que “a lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica”²⁴. BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em: Constituição46 (planalto.gov.br). Acesso em 11/4/2021.

²⁵ A Lei nº 3.164/57 previa “quanto ao disposto no parágrafo 31, 2ª parte, do art. 141, da Constituição Federal”, dando outras providências. No seu artigo 1º, estava prescrito que “são sujeitos a sequestro e à sua perda em favor da Fazenda Pública os bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tenha aquele incorrido”. BRASIL. Lei nº 3.164 de 1º de junho de 1957. Disponível em: L3164 (planalto.gov.br). Acesso em 12/4/2021.

²⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 24ª edição. São Paulo. Editora Atlas, 2011. p. 826.

²⁷ Inovações trazidas pela norma destacada conferem-lhe especial relevo, valendo mencionar: “(i) deixou claro que o sequestro e a perda de bens são aplicáveis ao servidor público e ao dirigente ou empregado de autarquia; (ii) considerou como servidor público todas as pessoas que exercessem quaisquer cargos, funções ou empregos, civis ou militares, nos órgãos dos três Poderes do Estado; (iii) equiparou a dirigente de autarquia o dirigente ou empregado de sociedade de economia mista, de fundação instituída pelo Poder Público, de empresa incorporada ao patrimônio público, ou de entidade que receba e aplique contribuições parafiscais”. PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 24ª edição. São Paulo. Editora Atlas, 2011. p. 827.

²⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 24ª edição. São Paulo. Editora Atlas, 2011. p. 827.

Durante o Regime Militar, o Ato Institucional nº 5 – AI-5, previa, em seu artigo 8º, que o Presidente da República poderia decretar o confisco de bens de quem houvesse de quem houvesse enriquecido ilicitamente, em razão do exercício de cargo ou função pública. Isso poder-se-ia dar após investigação, sem o devido processo legal, e dispensada a apreciação judicial²⁹.

A disciplina de referido confisco deu-se pelo Ato Complementar nº 42/69 e pelo Decreto-lei nº 359/68. Ambos conviveram com as medidas previstas pelas Leis nºs 3.164/57 e 3.502/58³⁰.

A Emenda Constitucional nº 11/78 revogou os atos institucionais e complementares naquilo que se indispunham como texto da Constituição então em vigor, ressalvando os efeitos dos atos com base neles praticados, os quais **permaneceram a salvo de** apreciação judicial.

Assim, deixou de existir o confisco previsto pelo AI-5, que implicava a perda de bens sem o devido processo legal e sem possibilidade de apreciação judicial, tal qual previsto pela Constituição então vigente. Permaneciam aplicáveis as Leis nºs 3.164/57 e 3.502/58, percebidas como recepcionadas pela norma constitucional³¹.

A fim de conferir regulamentação ao art. 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal de 1988, foi editada a Lei nº 8.429/1992, batizada de Lei de Improbidade Administrativa. Até sua edição, mantiveram-se em vigor e regendo a matéria as Leis 3.164/1957 e 3.502/1958.

Com a edição da Lei nº 8.429/1992, a Lei de Improbidade Administrativa, ocorreu inédita ampliação do conceito de improbidade administrativa. Até que entrasse em vigor o diploma de 1992, eram passíveis de punição apenas as condutas que acarretassem o enriquecimento ilícito do agente, e aplicáveis apenas as sanções de sequestro e perda de bens (na esfera cível), além daquelas previstas na esfera penal.

²⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 24ª edição. São Paulo. Editora Atlas, 2011. p. 827.

³⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 24ª edição. São Paulo. Editora Atlas, 2011. p. 827.

³¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 24ª edição. São Paulo. Editora Atlas, 2011. p. 827

Vale destacar a situação do chefe do Poder Executivo Federal, pois a lesão à probidade administrativa tem previsão como crime de responsabilidade do Presidente da República desde a primeira Constituição republicana brasileira (1891).

Destaque-se, ainda, a previsão contida na Lei nº 10.257/2001 (Estatuto das Cidades), direcionada aos Prefeitos, de prática de ato de improbidade pelos chefes do Poder Executivo Municipal³².

A nova norma regulamentou a Constituição, e estabeleceu inicialmente três, posteriormente quatro, categorias de atos que reputou ímprobos e passíveis das sanções previstas naquele diploma legal: os atos de improbidade por enriquecimento ilícito (art. 9º), os atos de improbidade por prejuízo ao erário (art. 10), atos de improbidade decorrentes da concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (art. 10-A, incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016), e os atos de improbidade por inobservância dos princípios que regem a Administração Pública (art. 11).

3 APONTAMENTOS SOBRE ILEGALIDADE, IMORALIDADE, E IMPROBIDADE

Cabem aqui alguns comentários a respeito das distinções entre ato ilegal, ato imoral, e ato ímprobo. Doutrina e jurisprudência tendem a conceituar o ato de improbidade como uma ilegalidade com um *plus*: gravame de desonestidade³³.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quando se fala em improbidade como ato ilícito a ser sancionado conforme o ordenamento jurídico, tem-se que improbidade adquire sentido mais amplo que imoralidade. Destaca que, em seu sentir, na LIA (Lei de Improbidade Administrativa), a lesão à moralidade administrativa constitui apenas uma das hipóteses de conduta ímproba, a ser

³² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. São Paulo. Editora Método, 2013. p. 799.

³³ FAVRETO, Rogério. Improbidade Administrativa: penalidades e reflexos na Lei da Ficha Limpa. In: MARQUES, Mauro Campbell. Improbidade Administrativa – Temas atuais e controvertidos. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional, 2017. p. 345.

sancionada pelo diploma legal. Entende, portanto, que imoralidade administrativa é espécie do gênero improbidade administrativa³⁴.

Prossegue a jurista, distinguindo legalidade estrita (que diz respeito ao cumprimento da lei); legalidade em sentido amplo (o Direito – abrange a moralidade, a probidade, e demais princípios consagrados pelo ordenamento jurídico); improbidade (mais ampla que a moralidade “porque a lesão à moralidade constitui uma das hipóteses de atos de improbidade definidos em lei”)³⁵

Neste artigo, adota-se, todavia, teoria diversa. Defende-se a tese de Marcelo Figueiredo – rejeitada pela jurisprudência e parte da doutrina –, segundo o qual são evidentes as dificuldades para se que se fixem limites ao conceito de improbidade, mas para quem probidade é espécie do gênero moralidade administrativa, referido no art. 37, *caput*, da CF/88, e em seu parágrafo 4º. Destaca, o jurista, que a probidade decorre, deflui da moralidade administrativa que chama de “*verdadeiro norte à Administração Pública em todas as suas manifestações*”³⁶.

Esclarece Marcelo Harger que até mesmo em termos léxicos, há distinção entre moralidade e improbidade. Moralidade vem do latim, *morale*, e tem relação com costumes. Já probidade, do latim, *probitate*, tem relação com honestidade. Para o jurista, em Língua Portuguesa, o termo moral está relacionado com o que “é aceito”, e imoral, com o que “não é aceito”. Já o termo probidade tem relação com apenas um dos vários aspectos englobados pela moralidade: a honestidade³⁷.

Tais distinções são de capital relevância na medida em que se destaca neste artigo a diversidade de tratamentos conferidos pela Constituição à conduta que deixa de observar a moralidade, e à conduta que deixa de observar a probidade. Adota-se a percepção de que os primeiros atos são passíveis de anulação, e seus autores, dignos de sofrer sanções de natureza administrativa e civil. Já os segundos são mais graves,

³⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 24ª edição. São Paulo. Editora Atlas, 2011. p. 825.

³⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 24ª edição. São Paulo. Editora Atlas, 2011. p. 825-826.

³⁶ FIGUEIREDO, Marcelo. Probidade Administrativa – Comentários à Lei 8.429/1992 e legislação complementar. 5ª edição. São Paulo. Editora Malheiros, 2004. p. 41.

³⁷ HARGER, Marcelo. Aspectos inconstitucionais da Lei de Improbidade Administrativa. A&C – Revista Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, 2014, p. 1-256. DOI: Aspectos inconstitucionais da Lei de Improbidade Administrativa | Harger | A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional (revistaaec.com). Acesso em 10/4/2021.

e seus praticantes devem ser incursos nas severas penalidades previstas pela Lei nº 8.429/1992³⁸.

Observe-se que a Constituição Federal de 1988 contém, em seus artigos 15, V, e 37, parágrafo 4º, o termo *improbidade administrativa*. No entanto, nos seus arts. 5º, LXXIII, e 37, *caput*, contém expressa referência ao termo *moralidade*. Não é de se supor que, para designar valores idênticos, o legislador constituinte de 1987/1988 haja utilizado termos diversos. A presunção que se impõe é em sentido oposto: quando utilizou termos diversos, pretendeu o legislador designar hipóteses, valores, condutas, e qualidades distintas³⁹.

Assim, repise-se, trata-se de distinção entre gênero e espécie, conteúdo e continente. A imoralidade é gênero, sendo improbidade uma de suas espécies⁴⁰.

É de se crer que não pretendeu o legislador sancionar como sendo ato de improbidade aquele praticado por inabilidade, gestão imperfeita, erro do mau gestor, ou má administração, quando ausente o elemento da desonestidade. Tais condutas são puníveis na esfera disciplinar, mas não como ato de improbidade⁴¹.

Com tais ponderações conclui-se que o ato de improbidade se relaciona com a conduta do agente público que seja ímproba, desonesta, eivada de má-fé, necessariamente voluntária, corrompida, lesiva à sociedade. Especialmente em relação ao art. 11, da Lei nº 8.429/92, é certo que a lei se excede a equiparar o ato ilegal ao ato ímprobo.

³⁸ HARGER, Marcelo. Aspectos inconstitucionais da Lei de Improbidade Administrativa. A&C – Revista Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, 2014, p. 1-256. DOI: Aspectos inconstitucionais da Lei de Improbidade Administrativa | Harger | A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional (revistaaec.com). Acesso em 10/4/2021.

³⁹ HARGER, Marcelo. Aspectos inconstitucionais da Lei de Improbidade Administrativa. A&C – Revista Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, 2014, p. 1-256. DOI: Aspectos inconstitucionais da Lei de Improbidade Administrativa | Harger | A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional (revistaaec.com). Acesso em 10/4/2021.

⁴⁰ HARGER, Marcelo. Aspectos inconstitucionais da Lei de Improbidade Administrativa. A&C – Revista Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, 2014, p. 1-256. DOI: Aspectos inconstitucionais da Lei de Improbidade Administrativa | Harger | A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional (revistaaec.com). Acesso em 10/4/2021.

⁴¹ FIGUEIREDO, Marcelo. Probidade Administrativa – Comentários à Lei 8.429/1992 e legislação complementar. 5ª edição. São Paulo. Editora Malheiros, 2004. p. 42.

4 APONTAMENTOS SOBRE O ELEMENTO SUBJETIVO DOS ATOS DE IMPROBIDADE

O extenso rol de condutas descritas nos vários incisos dos arts. 9º, 10, e 11, da Lei 8.429/1992 gerou um sem número de debates desde a edição da norma.

Uma das celeumas enfrentadas por doutrina e jurisprudência foi quanto ao elemento subjetivo exigível à caracterização das condutas previstas pelos arts. 9º, 10, e 11, da Lei de Improbidade Administrativa.

Um dos consensos alcançados é relativo à necessidade de que se extraia da conduta do agente público, ao menos, a culpa para que seu ato seja caracterizado com o ímprobo, e atrai a incidência da Lei nº 8.429/1992. Repudia-se a possibilidade de responsabilização objetiva para tal fim. Mesmo diante de um ato ilegal (sentido amplo), impõe-se investigar se houve, ao menos, má-fé que indique a desonestidade do comportamento.⁴²

Conforme se depreende da leitura da Lei nº 8.429/1992, apenas do art. 9º extrai-se o registro expresso da possibilidade de prática de ato de improbidade administrativa na modalidade culposa⁴³.

Há doutrinadores, como a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que atribuem erro do legislador o tratamento diverso conferido às três hipóteses de condutas ímprobos previstas na Lei de Improbidade Administrativa⁴⁴.

De toda sorte, a interpretação dada aos arts. 9º, 10, e 11, da Lei nº 8.429/1992, por doutrina e jurisprudência, assentou-se no sentido de que os arts. 9º e 11 não admitem prática na modalidade culposa, exigindo-se o dolo para sua configuração. Para a caracterização da conduta prevista pelo art. 10, entende-se

⁴² PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 24ª edição. São Paulo. Editora Atlas, 2011. p. 843.

⁴³ “Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, **dolosa ou culposa**, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, (...)”. BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em: L8429 (planalto.gov.br). Acesso em: 4/4/2021.

⁴⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 24ª edição. São Paulo. Editora Atlas, 2011. p. 844-845.

necessária, ao menos, a *culpa*. Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça – STJ oferece vasto rol de julgados⁴⁵.

Pacíficas, portanto, doutrina e jurisprudência no sentido da impossibilidade de condenação por improbidade administrativa, nos termos dos arts. 9º e 11, da Lei nº 8.429/1992, à míngua do elemento subjetivo *dolo*.

Vale, aqui, esclarecer que, segundo fixou-se a jurisprudência nacional quanto ao tema, o dolo exigível para fins de aplicação dos arts. 9º e 11, da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico, de violar a norma praticando a conduta nela prevista, e não o específico, de praticar a conduta prevista pela norma para atingir o resultado por ela vedado.⁴⁶

⁴⁵ É o que se depreende da ementa a seguir, de recentíssimo julgado, do qual se extrai a síntese do entendimento dominante sobre o tema naquela Corte Superior: RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CARACTERIZAÇÃO. ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO NA CONDUTA DOS ACUSADOS. PRESENÇA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 07/STJ. INCIDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973. **II - Este Tribunal Superior encampa o entendimento segundo o qual, para a caracterização do ato de improbidade administrativa, é necessário o exame do elemento subjetivo, qual seja, dolo nas condutas tipificadas nos arts. 9º e 11 ou, ao menos, culpa grave, quanto às condutas do art. 10 da Lei n. 8.429/1992. Precedentes.** (...) (REsp 1671819/GO, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 12/03/2021) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: Revista Eletrônica (stj.jus.br). Acesso em: 17/4/2021.

⁴⁶ Nesse sentido, o recente julgado a seguir, que reflete o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à matéria: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI 8.429/92. NÃO CONVOCAÇÃO DE CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO, POR MOTIVOS PESSOAIS. POSTERIOR CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA PARA DESEMPENHAR AS MESMAS FUNÇÕES. **DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE DOLO ESPECÍFICO E DE DANO AO ERÁRIO, NA HIPÓTESE. DOLO GENÉRICO. NECESSIDADE.** ACÓRDÃO RECORRIDO QUE, EM FACE DOS ELEMENTOS DE PROVA DOS AUTOS, CONCLUIU PELA COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO, PELA CONFIGURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E PELA PROPORCIONALIDADE DAS SANÇÕES IMPOSTAS. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE, EM RECURSO ESPECIAL. SANÇÃO DE PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO FIXADA ACIMA DO LIMITE LEGAL. REDUÇÃO AO PRAZO DE TRÊS ANOS, NOS TERMOS DO ART. 12, III, DA LEI 8.429/92. AGRAVO INTERNO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) **III. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, (a) "o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico" (STJ, REsp 951.389/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 04/05/2011); e (b) "os atos de improbidade administrativa descritos no artigo 11 da Lei nº 8.429/92, dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente" (STJ, AgInt no AREsp 271.755/ES, Rel. Ministro BENEDITO GONCALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 22/03/2017).** (...) (AgInt no AREsp 1702616/PR, Rel.

Alerte-se para o fato de que a noção de conduta dolosa exige que o agente haja pretendido alcançar o fim vedado pela norma. Das decisões judiciais que condenam por improbidade administrativa, como se pequenos artigos 9º e 11º, da Lei nº 8.429/1992, deve-se extrair que o agente pretendeu alcançar o resultado vedado pela norma, de forma específica. Não basta que haja praticado violação legal, “ainda que patente”, segundo pondera o professor Márcio Cammarosano. Isso porque, de uma conduta, ainda que voluntária, não se pode extrair que o resultado desta conduta haja sido buscado pelo agente, assim como a própria conduta⁴⁷.

À míngua de tal constatação (de que o resultado haja sido desejado, e não apenas a prática da conduta), feita a partir do exame do contexto do caso concreto, arrisca-se esvaziar a própria noção de dolo, sob pena de responsabilização objetiva em matéria de improbidade administrativa. No particular, a jurisprudência pacífica quanto ao tema representa ameaça ao avanço constituído pela orientação de indispensabilidade de conduta dolosa para as hipóteses dos dispositivos legais referidos.⁴⁸

Em idêntico sentido, alerta Marcelo Rodrigo Mazzei relativamente ao art. 11, da Lei nº 8.239/1992, que o *dolo genérico* tem amparado interpretações jurídicas que geram verdadeiras presunções absolutas do dever de conhecimento da legislação pelos agentes públicos, e prescindem da comprovação da má-fé e da conduta desonesta. Equiparam-se, mesmo, a uma responsabilização objetiva, pois restam suplantados, de forma indevida, os necessários limites diferenciadores da mera ilegalidade da improbidade, que deve ser entendida sempre como a ilegalidade qualificada pela desonestidade⁴⁹.

Ministra ASSUSETTE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 29/03/2021, DJe 06/04/2021). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: STJ - Jurisprudência do STJ Acessado no dia 12/4/2021.

⁴⁷ CAMMAROSANO, Márcio, e PEREIRA, Flávio Unes. Improbidade Administrativa e a Jurisprudência do STJ. Revista CEJ, Brasília, Ano XVII, n. 61, 2012. p. 117. DOI: CAMMAROSANO_improbidade.pdf (tre-rs.gov.br). Acesso em 12/4 de 2021.

⁴⁸ CAMMAROSANO, Márcio, e PEREIRA, Flávio Unes. Improbidade Administrativa e a Jurisprudência do STJ. Revista CEJ, Brasília, Ano XVII, n. 61, 2013. p. 117. DOI: CAMMAROSANO_improbidade.pdf (tre-rs.gov.br). Acesso em 12/4 de 2021.

⁴⁹ MAZZEI, Marcelo Rodrigo, e NETO, Zaiden Geraige. O direito coletivo à probidade administrativa: punitivismo e conduta na caracterização do ato de improbidade administrativa. Revista Reflexão Crítica do Direito, v.8, n. 2, 2020, p. 146-147. DOI: Vista do O DIREITO COLETIVO À

Feito o aparte, retorna-se à análise do art. 10, da Lei nº 8.429/1992, na parte em que propõe a possibilidade de condenação por improbidade administrativa na modalidade culposa.

Inicialmente, como já destacado, tem-se que o art. 10, da Lei nº 8.429/1992 é o único que expressamente prevê a possibilidade de prática *culposa* de ato improbidade administrativa, de forma omissiva ou comissiva.

Vale aqui sintetizar o ensinamento de Eduardo Nobre, quanto à existência de três correntes sobre as quais se constrói o debate acerca da modalidade culposa da prática de ato de improbidade: a corrente que sustenta o cabimento da culpa irrestrita, a corrente que defende o cabimento da culpa apenas na modalidade grave, e a corrente que sustenta o não cabimento da modalidade culposa (defendendo tratar-se de erro ou excesso do legislador, ou defendendo a inconstitucionalidade do dispositivo)⁵⁰.

Esclarece que os defensores da primeira corrente sustentam que a LIA não prevê “salvo-conduto para a lesão ao erário por práticas irresponsáveis”, e que tampouco seria cabível restringir a aplicação do dispositivo aos casos de culpa grave.

Para os defensores da segunda corrente, o legislador ordinário não pretendeu a sanção das condutas que não apresentem relevo, gravidade, ou de todo erro dos gestores por inabilidade. Buscou punir, tão somente, os comportamentos que revelem desonestidade, incompetência inadmissível ao gestor público.

Por fim, noticia a terceira corrente, a que se alinha o presente artigo, para a qual a previsão de ato de improbidade na modalidade culposa decorre de erro ou excesso legislativo, e revela-se incompatível com a Constituição da República.⁵¹

PROBIDADE ADMINISTRATIVA: PUNITIVISMO E CONDUTA NA CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (unaerp.br). Acesso em 10/4/2021.

⁵⁰ NOBRE, Eduardo Maffia Queiroz. A inconstitucionalidade da improbidade administrativa na modalidade culposa. 166 f Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), no programa de Mestrado em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. Antônio Mendes. São Paulo: PUC-SP, 2015. p. 110. DOI: <https://pergamum.pucsp.br/pergamum/biblioteca/index.php?word=eduardo+maffia+queiroz+nobr>. Acesso em 12/4/2021.

⁵¹ NOBRE, Eduardo Maffia Queiroz. A inconstitucionalidade da improbidade administrativa na modalidade culposa. 166 f Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), no programa de Mestrado em Direito Constitucional, sob a

E para tanto somam-se diversos fundamentos.

O primeiro deles se refere ao próprio significado da palavra.

Ora, o conceito, técnico ou corrente das palavras, é ponto de partida e, ao mesmo tempo, um limitador do intérprete da norma.

Tem-se, pois, que se do conceito do vocábulo, técnico ou comum, deflui conduta que exige vontade de alcançar fim proibido por lei, ao legislador ordinário não caberia criar hipótese que dela prescindia, sob pena de produzir norma incompatível com a Constituição⁵². Não se pode, portanto, punir com amparo na Lei nº 8.429/92 quem não tem a intenção de ser desonesto.

Como antes explorado, improbidade guarda relação com desonestidade, com a má-fé. Tem-se na exigência da má-fé o traço distintivo entre os comportamentos ímprobo, e o meramente ilegal, o mesmo o imoral. Se o legislador constituinte criou diferenciações expressas pela utilização, ora de um termo, ora de outro, não pode o legislador ordinário, no exercício da regulamentação da norma constitucional, ou o intérprete, ignorar tais distinções.

Nesta altura cumpre esclarecer que a boa-fé do agente administrativo deve ser presumida.

Fosse o desejo do legislador constituinte que todas as hipóteses (imoralidades, ilegalidades e improbidades) fossem igualmente abordadas, não haveria utilizado tal diferenciação. Destaque-se, ainda, as sanções severas e gravosas incidentes às condutas tidas por ímprobas, e incabíveis quando verificado ato meramente ilegal ou juridicamente imoral⁵³.

orientação do Prof. Dr. Antônio Mendes. São Paulo: PUC-SP, 2015. p. 110. DOI: <https://pergamum.pucsp.br/pergamum/biblioteca/index.php?word=eduardo+maffia+queiroz+nobr>. Acesso em 12/4/2021.

⁵² NOBRE, Eduardo Maffia Queiroz. A inconstitucionalidade da improbidade administrativa na modalidade culposa. 166 f. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), no programa de Mestrado em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. Antônio Mendes. São Paulo: PUC-SP, 2015. p. 122. DOI: <https://pergamum.pucsp.br/pergamum/biblioteca/index.php?word=eduardo+maffia+queiroz+nobr>. Acesso em 12/4/2021.

⁵³ CAMMAROSANO, Márcio, e PEREIRA, Flávio Unes. Improbidade Administrativa e a Jurisprudência do STJ. Revista CEJ, Brasília, Ano XVII, n. 61, 2013. p. 118. DOI: CAMMAROSANO_improbidade.pdf (tre-rs.gov.br). Acesso em 12/4 de 2021.

Como referido anteriormente neste artigo, a ideia de improbidade administrativa nasceu e desenvolveu-se estreitamente relacionada com o *desvio de finalidade*, que pressupõe que o agente seja mobilizado pela vontade (dolo) de praticar ato com fim vedado pelo ordenamento jurídico. Trata-se de conduta incompatível com a modalidade culposa, porquanto exigido o dolo de se alcançar resultado que sabidamente lesiona o ordenamento jurídico.

Verifica-se outra questão relevante, a corroborar a inconstitucionalidade da improbidade na modalidade culposa.

O legislador ordinário deixou de fixar de forma expressa penas distintas à conduta dolosa ou culposa, na hipótese do art. 10, da Lei nº 8.429/92, deixando a cargo do aplicador da norma este papel. Ao fazer opção, o legislador ordinário violou o princípio da proporcionalidade das penas (consecutário do princípio da legalidade, da reserva legal, do devido processo legal, e da individualização das penas), pois a ele não é dado criar penas desarrazoadas ou em descompasso com a gravidade do ilícito praticado. Trata-se de inconstitucionalidade por ofensa ao princípio do Estado de Direito (art. 1º, *caput*, da CF/88), e ao princípio do respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88)⁵⁴.

Ainda debatendo a questão da proporcionalidade das penas atribuídas à conduta ímprobaculposa, convém reproduzir a preciosa lição de Marcelo Harger, para quem o entendimento ora defendido é corroborado pela própria redação do artigo 37, parágrafo 6, da Constituição Federal. Referido dispositivo autoriza ação de regresso da Administração Pública contra o agente, integrante de pessoa jurídica de direito público ou privado, que preste serviços públicos, e, nessa condição, cause danos a terceiros. Nessa hipótese, o agente público somente poderá ser responsabilizado civilmente se configurado o dolo ou a culpa. Contrário senso, para a aplicação de sanção mais severa, pela eventual prática de ato de improbidade, não

⁵⁴ HARGER, Marcelo. Aspectos inconstitucionais da Lei de Improbidade Administrativa. A&C – Revista Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, 2014, p. 207oo. DOI: Aspectos inconstitucionais da Lei de Improbidade Administrativa | Harger | A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional (revistaaec.com). Acesso em 10/4/2021.

se pode imaginar requisitos idênticos. Caberia exigir o atendimento de requisitos igualmente mais severos⁵⁵.

Também pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, o art. 10, da Lei nº 8.429/92 se incompatibiliza com o texto da Constituição da República. Na percepção de Marcelo Figueiredo, o legislador ordinário infraconstitucional se excedeu a autorização conferida pela Constituição, e elaborou norma carente de proporcionalidade e razoabilidade, a atrair a realização de interpretação conforme a Constituição.

Figueiredo propõe hipótese contemplada pelo texto da lei, em que um agente público haja causado pequena lesão ao erário, com prática de conduta omissiva culposa. De acordo com o art. 10, da Lei 8.429/1992, há prática de ato de improbidade administrativa, com a possibilidade de aplicação de qualquer das graves penas previstas pela norma, como perda de direitos políticos, perda de função pública, declaração de indisponibilidade de bens, etc. Destaca a necessidade que a norma seja adaptada ao “espírito constitucional”.⁵⁶

Assim, a previsão de improbidade administrativa na modalidade culposa não ultrapassa o crivo de compatibilidade com a Constituição, sequer pela aplicação do critério da proporcionalidade e da razoabilidade.

5 PONDERAÇÕES SOBRE O ART. 28 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO – LINDB – A “CLÁUSULA GERAL DO ERRO ADMINISTRATIVO”

A fim de proteger a atuação do bom gestor público, e evitar que o ambiente de insegurança inequivocamente gerado pela Lei nº 8.429/92, e verificado pelo que se usou chamar de “apagão das caneta”, foi editada a Lei nº 13.655/2018.

⁵⁵ HARGER, Marcelo. Aspectos inconstitucionais da Lei de Improbidade Administrativa. A&C – Revista Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, 2014, p. 207. DOI: Aspectos inconstitucionais da Lei de Improbidade Administrativa | Harger | A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional (revistaaec.com). Acesso em 10/4/2021.

⁵⁶ FIGUEIREDO, Marcelo. Probidade Administrativa – Comentários à Lei 8.429/1992 e legislação complementar. 5ª edição. São Paulo. Editora Malheiros, 2004. p. 103.

Com sua edição inseriu-se na Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro o artigo 28, denominada por parte da doutrina “cláusula geral do erro administrativo”⁵⁷.

A norma de texto conciso⁵⁸, que se refere a agentes públicos, e aos seus atos decisões e opiniões (orientações), trouxe elucidaciones para celeumas jurisprudenciais, cabendo citar o célebre debate no âmbito do Supremo Tribunal Federal, acerca da responsabilidade dos pareceristas na Administração Pública. Prevaleceu a tese de que o parecerista poderá ser responsabilizado caso elabore opinião eivada de erro grosseiro, dolo, ou sua opinião tiver teor vinculante. Nessa última hipótese, cabe sua responsabilidade à mímica de erro grosseiro, ou dolo, pois o parecerista é visto como corresponsável pelo ato praticado pelo gestor, amparado em seu parecer.

Celeumas como a anteriormente citada foram resolvidas com a edição do art. 28 da LINDB (com redação dada pela Lei nº 13.655/2018). A partir dela, tornou-se defensável que, somente no caso de dolo ou erro grosseiro, o gestor poderá ser responsabilizado pelos seus atos.

Cabe aqui esclarecer que, para Binembojn e Cyrin, o erro passível de punição é o erro grosseiro, que se relaciona com a falsa percepção da realidade, fática ou jurídica.⁵⁹

Por fim, esclareça-se que, segundo entendem Binembojn e Cyrin, no conceito de erro grosseiro não afasta a ocorrência de culpa pois, na ideia de erro grosseiro, estariam abrangidas a de imprudência, negligência e imperícia desde que efetivamente graves ou gravíssimas.

⁵⁷ BINENBOJM, Gustavo, e CYRIN, André. O art. 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, edição especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei 13.655/2018), 2018, p. 205-206.

⁵⁸ “Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. BRASIL. Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Disponível em: Del4657compilado (planalto.gov.br). Acesso em: 17/4/2021

⁵⁹ “Será erro grosseiro, e.g., a aplicação de norma jurídica revogada, ou a decisão (e/ou opinião) que ignore a ocorrência de uma prescrição, a despeito de as informações pertinentes constarem do processo administrativo. Também será grosseiro o erro que aplique a legislação municipal para fins de uma licença federal”, in BINENBOJM, Gustavo, e CYRIN, André. O art. 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, edição especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei 13.655/2018), 2018, p. 213.

6 REFLEXÕES FINAIS - CONCLUSÃO

Conforme sustentou-se ao longo do presente trabalho, a Lei de Improbidade Administrativa integra um “sistema legal de defesa da moralidade administrativa”, composto por de normas editadas sob influência de forte - e legítima - pressão social, no Brasil pós Constituição de 1988, em que se aspirava efetivo combate à corrupção.

A despeito de conquistas inequivocamente promovidas por referido sistema legal, defende-se no presente artigo que, ao editar a norma em debate, o legislador ordinário excedeu os limites sugeridos pela Constituição, e elaborou norma eivada de inconstitucionalidade.

É o que ora se defende a respeito do art. 10, da Lei nº 8.924/1992, que expressamente prevê a possibilidade de condenação, na modalidade culposa, por prática de ato de improbidade administrativa.

Isso porque integra o cerne da ideia de improbidade administrativa, segundo se defende no presente trabalho, o dolo de ser desonesto. Sendo da essência do conceito de improbidade administrativa a vontade de agir de forma desonesta, incabível uma condenação amparada no elemento subjetivo culpa.

Ainda, propõe-se reflexão acerca do que se espera de um gestor público.

A atenção fria e acríica ao texto legal torna mais segura a caminhada do gestor público bem intencionado. Aquele que apenas faz incidir o texto literal da lei ao caso concreto distancia-se, em tese, do risco de ser considerado ímprobo. Gustavo Binenbojm e Adré Cyrin ponderam que esse mundo, em que seria possível a sujeição do gestor público, de forma absoluta, à vontade popular extraída dos atos editados por seus representantes, provavelmente jamais existiu ou existirá. E tampouco seria desejável pois a lei é incapaz de prever todas as ações administrativas. Espera-se do gestor público atual a proatividade na prestação dos serviços públicos, a capacidade de elaborar considerações sobre as complexas

questões de regulação da economia, a possibilidade de responder a demandas pela tomada de difíceis decisões em searas deixadas descobertas pelo legislador⁶⁰.

Sob a égide da Lei nº 8.429/92, vivem-se tempos de estímulo ao gestor médio, de postura estritamente burocrática, utilizando-se a palavra em sua pior conotação. É o estímulo ao gestor que apenas cumpre ritos, sem se preocupar com o alcance de resultados. A consequência disso foi o verificado “apagão das canetas”⁶¹.

Por óbvio, nenhuma linha do presente artigo se alinha à ideia de impunidade em relação aos atos de improbidade. Diversamente disso, defende-se o valor democrático intrínseco às normas que revelam, em sua gênese, a busca pelo combate à corrupção, à gestão desonesta dos recursos públicos.

Todavia, defende-se que tais normas devem se harmonizar ao espírito da Constituição de 1988. Defende-se que o legislador constituinte pretendeu fosse editada norma ordinária que regulamentasse a Constituição, dentro dos limites estabelecidos pelo próprio texto constitucional. Tal qual se extrai do corpo deste artigo, o legislador ordinário observou apenas parcialmente tais limites, e proferiu lei que, no seu art. 10, se afasta do espírito da norma constitucional.

Reafirme-se que, além de padecer de inconstitucionalidade, o art. 10, da Lei nº 8.429/1992 gerou indesejável ambiente de insegurança ao gestor público bem intencionado. Como antes destacado, apenas o burocrata acrítico estará a salvo de, em algum momento, ver suas condutas judicialmente questionadas e apenadas com as duras sanções do art. 12, da Lei nº 8.429/1992. Sob a égide do art. 10 de referida lei, a Administração Pública tornou-se atividade excessivamente arriscada, que ameaça bens jurídicos de extremo valor, como o patrimônio pessoal, e os direitos políticos do gestor.

⁶⁰ BINENBOJM, Gustavo, e CYRIN, André. O art. 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, edição especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei 13.655/2018), 2018, p. 204-205.

⁶¹ BINENBOJM, Gustavo, e CYRIN, André. O art. 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, edição especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei 13.655/2018), 2018, p. 204-205.

A se refletir sobre a necessidade de reforma da Lei nº 8.429/1992, ou de interpretação conforme a Constituição, na parte em que contempla a possibilidade de condenação por improbidade administrativa culposa.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo, e CYRIN, André. O art. 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, edição especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei 13.655/2018), 2018, p. 203-224. DOI: O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo | Revista de Direito Administrativo (fgv.br).

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em: Constituição46 (planalto.gov.br).

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: Constituicao-Compilado (planalto.gov.br).

BRASIL. Decreto-lei nº 3.240, de 8 de maio de 1941. Disponível em: Del3240 (planalto.gov.br).

BRASIL. Lei nº 3.164 de 1º de junho de 1957. Disponível em: L3164 (planalto.gov.br).

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em: L8429 (planalto.gov.br).

BRASIL. Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Disponível em: Del4657compilado (planalto.gov.br). Acesso em: 17/4/2021

BRASIL: O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto. 25/5/2018. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opinião-lindb-regime-jurídico-administrador-honesto>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: Revista Eletrônica (stj.jus.br).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: STJ - Jurisprudência do STJ.

CAMMAROSANO, Márcio, e PEREIRA, Flávio Unes. Improbidade Administrativa e a Jurisprudência do STJ. Revista CEJ, Brasília, Ano XVII, n. 61, 2013, p. 115-121. CAMMAROSANO_improbidade.pdf (tre-rs.gov.br).

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 24ª edição. São Paulo. Editora Atlas, 2011.

HARGER, Marcelo. Aspectos inconstitucionais da Lei de Improbidade Administrativa. A&C – Revista Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, 2014, p. 1-256. DOI: Aspectos inconstitucionais da Lei de Improbidade Administrativa | Harger | A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional (revistaaec.com).

FAVRETO, Rogério. Improbidade Administrativa: penalidades e reflexos na Lei da Ficha Limpa. In: MARQUES, Mauro Campbell. Improbidade Administrativa – Temas atuais e controvertidos. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional, 2017.

FIGUEIREDO, Marcelo. Probidade Administrativa – Comentários à Lei 8.429/1992 e legislação complementar. 5ª edição. São Paulo. Editora Malheiros, 2004.

MAZZEI, Marcelo Rodrigo, e NETO, Zaiden Geraige. O direito coletivo à probidade administrativa: punitivismo e conduta na caracterização do ato de improbidade administrativa. Revista Reflexão Crítica do Direito, v.8, n. 2, 2020, p. 139-154. DOI: Vista do O DIREITO COLETIVO À PROIBIDADE ADMINISTRATIVA: PUNITIVISMO E CONDUTA NA CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (unaerp.br).

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo. Editora Malheiros, 2003.

NOBRE, Eduardo Maffia Queiroz. A inconstitucionalidade da improbidade administrativa na modalidade culposa. 166 f. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), no programa de Mestrado em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. Antônio Mendes. São Paulo: PUC-SP, 2015. DOI: <https://pergamum.pucsp.br/pergamum/biblioteca/index.php?word=eduardo+maffia+queiroz+nobr>.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. São Paulo. Editora Método, 2013.

A DESDEMOCRATIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL

Lorena Rodrigues Tredezini¹

Será que nunca faremos senão confirmar
A incompetência da América católica
Que sempre precisará de ridículos tiranos
Será, será, que será?
Que será, que será?
Será que esta minha estúpida retórica
Terá que soar, terá que se ouvir
Por mais zil anos
Enquanto os homens exercem
Seus podres poderes
(Caetano Veloso)

RESUMO

A evolução do Estado nos fez chegar ao atual Estado democrático de Direito. Desse modo, sem poder desfrutar, efetivamente, da jovem democracia brasileira, testemunhamos o seu declínio que coloca em risco o próprio Estado de Direito. Portanto, por meio de pesquisa doutrinária, jornalística e de dados eleitorais, busca-se demonstrar a evolução do Estado e os fatores que contribuíram para o agravamento da crise da democracia.

Palavras-chave: Estado democrático de Direito, crise, democracia.

ABSTRACT

The evolution of the State has made us reach the current democratic Rule of Law. Thus, without being able to effectively enjoy the young Brazilian democracy, we witness its decline that puts at risk the Rule of Law at risk. Therefore, through doctrinal, journalistic and electoral data research, we seek to demonstrate the evolution of the State and the factors that contributed to the worsening of the crisis of democracy.

Keywords: democratic Rule of Law, crisis, democracy.

¹ Mestranda (aluna especial) e pós-graduanda pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB; assessora do Ministério Público do Estado de Goiás.

1 INTRODUÇÃO

A democracia brasileira está em crise. Consequentemente, essa crise da democracia e todas as particularidades que a envolve, coloca em risco o próprio Estado democrático de Direito. Por essa razão, realizar-se-á uma breve análise histórica sobre a evolução do Estado no Ocidente, sobretudo na Europa, demonstrando paralelamente, sob apertada síntese, o que acontecia no Brasil até, definitivamente, estreamos como Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, desde que os portugueses, fortuitamente, encontraram o Brasil, houve regimes e sistemas de governo, bem como regimes políticos² para todos os gostos. Uma sensação de atraso permeia o sentimento nacional. Fomos o último país no Ocidente a abolir a escravidão. Desde, mais ou menos, o ano de 1500 passamos pelo Brasil Colônia, Brasil Império, Primeira República, Segunda República e regime militar, até que em 15 de janeiro de 1985, o Colégio Eleitoral elegeu um Presidente da República, civil, que conduziu a transição para o regime democrático, e, finalmente, os ares de ordem, progresso e democracia começariam a ser respirados pelo povo brasileiro. Inaugurava-se o Estado Democrático de Direito, que já era uma realidade em outros lugares do mundo.

Assim, quando se fala em Estado Democrático de Direito, automaticamente, vem o tema democracia à cabeça, acompanhado de pensamentos a exemplo do voto, como expressão maior de democracia. Mas, acredita-se que, o voto é somente uma das vertentes (uma consequência) da democracia, antecedido pelo processo eleitoral e sucedido pelo respeito aos direitos fundamentais, constante debate público e cobranças de decisões políticas aos eleitos.

Para tanto, a democracia de sucesso e a fracassada têm seus protagonistas e a luta por uma política ideal, deve ser cuidadosa, já que pode trazer (mais) retrocessos, sobretudo quando, no exercício do direito de sufrágio, legítimo um candidato sem ideias e ideais do que é um Estado democrático de Direito e, uma vez eleito,

² “Bobbio diz que formas de governo são duas: parlamentar e presidencial; já autores como Dallari preferem reservar a aceção “formas de governo” para a dicotomia monarquia e república, deixando a nomenclatura de “sistemas de governo” para classificar as relações entre o Legislativo e o Executivo, isto é, parlamentarismo e presidencialismo. STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. D. Ciência política e teoria do Estado. 8ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 190.

promove no seu governo verdadeira desordem e retrocesso, colocando em risco a própria democracia e, conseqüentemente o Estado democrático de Direito.

Assim, analisar-se-á, após pesquisa bibliográfica, jornalística e repositório de bancos de dados eleitorais, alguns fenômenos que contribuem com o processo de desdemocratização no Brasil, sobretudo pós 1988, tais como a corrupção, os políticos profissionais, as *fake news* o eleitor *hightech* e os políticos tecnopopulistas, guardando as devidas comparações com fatos ocorridos ao redor do mundo. A final, há um fenômeno mundial que ameaça o próprio Estado democrático de Direito.

2 ESTADO E DEMOCRACIA: EU VEJO O FUTURO REPETIR O PASSADO

Preliminarmente, importante e necessário se faz um (breve) esboço histórico sobre a evolução do Estado, a relação intrínseca que, ao longo do tempo, foi traçada com o poder, até o atual do Estado democrático de Direito. Uma visão histórico-geral pode fornecer uma melhor compreensão de que o vivenciado hoje é fruto da história e dela faz parte, sendo imprescindível associar Estado, História, Direito e Política. O passado é parte de cada um que fez parte de um futuro algum dia, apagá-lo seria deixar morrer um pouco de nós mesmos.

2.1 Do estado antigo ao estado social de direito: um breve histórico

Embora haja algumas divergências doutrinárias sobre a ordem cronológica e classificação da evolução do Estado, inicia-se, no presente escrito, pela passagem pelo Estado Antigo³ com notada influência das civilizações orientais, pregava-se a separação de castas e o poder era considerado divino, legitimado por Deus e Deuses. Portanto, Reis eram coroados pela vontade divina e, por essa razão eram, inquestionavelmente, detentores de um poder ilimitado.

³“Estado Oriental ou Teocrático [...] Características fundamentais: a) a natureza unitária, inexistindo qualquer divisão interior, nem territorial, nem de funções; b) a religiosidade, onde a autoridade do governante e as normas de comportamento eram tidas como expressão de um poder divino, demonstrando a estreita relação Estado/divindade.” Ibid., p. 19.

O Estado grego⁴, caracterizava-se por ser tanto uma associação política, que ao seu turno criou as Cidades-Estado⁵, detentoras de soberania, bem como autonomia administrativa e legislativa e, também, como uma comunidade religiosa. Contudo, religião e política já não se confundiam, o poder pertencera somente ao Estado. Por outro lado, o Estado romano⁶, trazia concentração política e econômica e o poder dividia-se em três espécies: “*dominium* era o poder menor, restrito ao âmbito das relações familiares; *potestas*, era o poder maior, próprio dos magistrados com funções civis determinadas e *imperium* era o poder supremo, poder político, de soberania [...]”.⁷

Superado os modelos citados, adentra-se no Estado Medieval, representado fortemente pela forma monárquica de governo e com grande presença do cristianismo, das invasões bárbaras e da descentralização feudal⁸, sendo que esta descentralização trouxe um período de permanente instabilidade política, econômica e social. Ademais, não se diferenciava os direitos público e privado e houve um aumento exponencial do número de feudos⁹, sem prejuízo do crescimento da indústria e comércio. Vivia-se a fase do mercantilismo, com fortes relações comerciais entre Ocidente e Oriente, quando, em um desses trajetos para as Índias, os Portugueses descobriram a existência do Brasil no meio de seu caminho. O declínio do feudalismo foi questão de tempo e daria lugar a um novo Estado monárquico absolutista, era o Estado Moderno que nascia.

Em seguida, com o declínio do feudalismo, iniciou-se o Estado moderno, primitivamente com uma roupagem monárquica absolutista, em notada reação à

⁴ “Pólis Grega: caracterizada como: a) cidades-Estado, ou seja, a pólis como sociedade política de maior expressão, visando ao ideal da autossuficiência; b) uma elite (classe política) com intensa participação nas decisões do Estado nos assuntos públicos. Nas relações de caráter privado, a autonomia da vontade individual é restrita.” Ibid., p. 19.

⁵ “Toda cidade é um tipo de associação, e toda associação é estabelecida tendo em vista algum bem.” ARISTÓTELES. A Política. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 1ª. ed. São Paulo: Editora Lafonte, 2020. p. 8.

⁶ “Civitas Romana, que se apresentava assentada em: a) base familiar de organização; b) noção de povo restrita, compreendendo faixa estreita da população; c) magistrados como governantes superiores.” STRECK e MORAIS, op. cit., p. 19.

⁷ MALUF, S. Teoria geral do Estado. 34ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 103.

⁸ “Os servos não conheciam outra autoridade que não a do seu senhor. Não era o rei que submetia o plebeu – vassalo – e, sim, o conde ou barão, proprietário do feudo.” STRECK e MORAIS, op. cit., p. 23.

⁹ O senhor feudal era uma espécie de rei dentro do seu território, o poder estava espalhado geograficamente, o que gerava grande desorganização, além de existir demasiada escravidão nos feudos.

descentralização feudal e ao autoritarismo da Igreja. Os poderes do soberano eram ilimitados e divinos¹⁰, o que trazia péssimas consequências à sociedade, em razão dos abusos cometidos. Daí surgiam as mais diversas teorias e estudos sobre a origem do Estado e a limitação do poder. Nesse sentido, digno de destaque é o surgimento do contratualismo¹¹ que encontrou, na obra de John Locke “Os Dois Tratados sobre o Governo Civil”, de 1689, legitimidade para a limitação do poder do soberano, porquanto Locke defendeu que o povo era o real detentor da soberania, de direitos pré-sociais e políticos e, através de um contrato, transferiria seu poder (soberano) ao Estado, a este se submetendo. Em contrapartida, o Estado não poderia violar os direitos dos outorgantes. Caso isso ocorresse, Locke admitia o uso do direito de resistência, nascendo, assim, as primeiras vertentes do liberalismo, na ocasião o liberalismo individual.

Em seguida, cientes de que todos os poderes não poderiam pertencer de forma absoluta uma mesma pessoa/órgão, em 1748 Montesquieu¹² inspirado também nas ideias de Locke e com objetivo de contrapor-se ao absolutismo¹³, embora as primeiras bases sobre tripartição dos poderes fossem atribuídas a Aristóteles¹⁴, afirmou em sua obra “Do Espírito das leis” que as três funções exercidas pelo

¹⁰ O absolutismo político foi amplamente defendido pelo bispo e teólogo francês Jacques Bénigne Bossuet, que afirmava que o soberano recebia seus poderes de Deus, razão pelo qual teria autoridade ilimitada e incontestável. Em outra vertente, Thomas Hobbes, filósofo inglês, defendia o absolutismo político, entretanto não o atribuía às divindades. O Estado para Hobbes era caracterizado como Leviatã que deveria garantir ao povo (este sim detentor de todos os poderes naturais de autopreservação) segurança. O que legitimava o absolutismo era a cessão que o homem fazia de seus poderes ao Estado, mediante um contrato, no intuito de proteger sua vida. Não se falava em direitos, que somente surgiriam com o Estado. Hobbes elaborou um dos primeiros conceitos de representação, para ele o Estado era absoluto independentemente de consubstanciar-se em um homem ou uma assembleia de homens.

¹¹ O pensamento contratualista pretende estabelecer, ao mesmo tempo, a origem do Estado e o fundamento do poder político a partir de um acordo de vontades, tácito ou expresso, que ponha fim ao estágio pré-político (estado de natureza) e dê início à sociedade política (estado civil).

¹² Montesquieu, além de afirmar que os variados poderes seriam exercidos por distintos órgãos, identifica as relações que as leis têm com a natureza e o princípio de cada governo, desenvolvendo uma teoria do governo, pela qual se busca descobrir a autoridade por meios legais, evitando o arbítrio e a violência. Vindicava-se uma Constituição. Ademais, pregava a independência dos poderes, por acreditar que se Executivo, Legislativo e Judiciário não fossem independentes não haveria liberdade.

¹³ A monarquia absolutista dos Bourbons na França inicia-se em 1589 com Henrique IV e perdura até a Revolução Francesa. Enquanto vigente, manteve a divisão social em três classes: Nobreza, Clero e Povo (camada remanescente da população), este também conhecido como Terceiro Estado, que possuíam diferentes leis, justiça e sistema tributário.

¹⁴ Aristóteles, em sua obra Política, identificou que o poder soberano exercia três funções distintas: a) a função de editar normas gerais a serem observadas por todos; b) a função de aplicar as referidas normas ao caso concreto; c) a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais no caso concreto. No entanto, Aristóteles descrevia a concentração do exercício dessas funções na figura de uma única pessoa (soberano).

Estado, estariam ligadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si, não atreladas à figura do soberano.

E, eis que um pouco mais a frente, em 1762, o iluminista Jean Jacques Rousseau, na obra *Do Contrato Social*, afirmaria que nenhum homem possuía autoridade natural sobre seu semelhante e que a força não produzia direitos, razão pelo qual restava somente a convenção, como base legítima da autoridade entre os homens. Assim, o pacto social dava existência ao corpo político. Para Rousseau, a soberania era dividida entre toda sociedade e somente era exercida quando atendida a vontade geral de seus detentores. O Liberalismo já era considerado uma realidade.

Embora o liberalismo cultive suas origens na Inglaterra, com a proclamação da *Bill Of Rights*¹⁵ pelo parlamento inglês à Coroa em 1689, foi na França que as teorias de, especialmente, Montesquieu e Rousseau, dentre outros, impulsionaram o desenvolvimento das revoluções liberais, notadamente a Revolução Americana, quando houve a proclamação da independência dos Estados Unidos da América, em 4 de julho de 1786 e, em 1789, a Revolução Francesa¹⁶. Concomitantemente, surgiam as primeiras constituições modernas. No Brasil, após a descoberta e exploração do ouro, o sistema Colonial entrava em crise e, também, em 1789 vivia-se a Inconfidência Mineira¹⁷, inspirada nas revoluções liberais, era um período que mudaria para sempre a nossa história. O absolutismo dava, de vez, lugar ao Liberalismo. Assim, nascia o Estado de direito, na sua acepção liberal. O lema conhecido era liberdade, igualdade e fraternidade, o mundo parecia respirar um desejo, sobretudo, de liberdade.¹⁸

¹⁵ Influenciada pela Magna Carta de 1215, visou limitar o poder (ilimitado) do Estado, submetendo-o ao Parlamento, estabeleceu direitos individuais de propriedade e declarou a independência do Poder Judiciário, a fim de proteger os cidadãos.

¹⁶ Em 1789, a crise financeira na França, o seu apoio aos EUA na guerra da independência e a recusa dos nobres em ter reduzidos seus privilégios fiscais foram causa direta que desencadearam a Revolução Francesa, que não se insurgiu contra a monarquia, e sim, contra o absolutismo. O Rei Luís XVI foi condenado à guilhotina. Napoleão foi declarado imperador e, em 1804, promoveu sua autocoroação.

¹⁷ “Os mineiros estavam especialmente atentos à Revolução Americana, que vivia seu pleno processo institucional, e buscavam encontrar estruturas republicanas de governo capazes de expressar os princípios que as colônias norte-americanas haviam defendido na luta contra o Império britânico”. SCHWARCZ, L. M.; STARLING, H. M. Brasil: uma biografia: Com novo pós-escrito. 2ª. ed. São Paulo : Companhia das Letras, 2015. p. 238. Houve também a inconfidência Baiana, inspirada nas revoluções liberais, entretanto, nenhum dos dois movimentos tiveram força suficiente para culminar na independência do Brasil.

¹⁸ Um pouco mais à frente na história, enquanto a França invadia Portugal e Espanha em 1807 e 1808, nossos vizinhos, de colonização espanhola, iniciaram o processo de independência, que não foi

Com efeito, não obstante a recente empolgação em poder aplicar as teorias até então desenvolvidas pelos grandes filósofos, na prática, o Estado liberal de direito (Estado mínimo) encontrou dificuldades para se desenvolver¹⁹. Na realidade, eclodia uma guerra entre França e Inglaterra, que respingou na história brasileira²⁰, somando à latente desigualdade social, rupturas políticas, revoluções, desenvolvimento industrial, científico e social. Nesse sentido, a sociedade, ora livre das arbitrariedades do absolutismo, recebeu o “prêmio” da igualdade perante a lei não dispondo, entretanto, de quaisquer condições de ser efetivamente livre.

Logo, a justiça social passou a se mostrar necessária na política liberal, consubstanciada sobretudo, no intervencionismo do Estado. O Estado liberal agregava, paulatinamente, o Estado social²¹ por meio de reformas políticas ou de suas Constituições. Depois de tanto tempo, chegava-se à conclusão que só combater o absolutismo²², a intervenção da igreja, declarar a igualdade dos cidadãos perante a lei e deixar a economia livre ao capital, sem que o Estado nela interferisse, de nada adiantava se não houvesse a promoção do bem estar da sociedade.²³

imediato. Assim, declararam suas independências a Argentina (1816), o Chile (1818), a Colômbia e Venezuela (1819) e o Peru (1821). No Brasil o processo de deu somente em 1822, após pressão das elites diante dos abusos comerciais praticados por Portugal.

¹⁹ Por volta de 1780 surgia a Revolução Industrial na Inglaterra, que revelava uma realidade diferente, e mais avançada, da França. Com a crescente das máquinas e o consequente desemprego, a mão de obra do homem passou a ser comercializada como mercadoria, em valores ínfimos, enquanto os proprietários das fábricas acumulavam fortunas. Enquanto a França ainda lutaria pela sua Revolução ignorando o ocorrido em terras britânicas.

²⁰ Já em 1807, a guerra entre Inglaterra e França andava a todo vapor na Europa, quando a realza portuguesa, até então neutra, foi pressionada a posicionar apoio na guerra aos ingleses ou aos franceses, ou, ainda, ir embora de vez pro Brasil. Os portugueses tentaram jogar nos dois times ao, publicamente fechar os portos lusitanos para os ingleses e, em segredo, disponibilizar abrigo na ilha da Madeira aos britânicos, bem como parte do território brasileiro para realizarem suas importações com impostos reduzidos, em troca de escolta no trajeto ao Brasil. A família real portuguesa chegou ao Brasil em janeiro de 1808. A independência do Brasil contou com forte apoio inglês, que de olho no algodão aqui produzido para alimentar suas indústrias têxteis, emprestou dinheiro para o Brasil pagar uma indenização a Portugal.

²¹ Embora seja de conceituação polêmica, o *Welfare State* ou Estado do bem-estar social, em resumo, seria aquele Estado que promove, com sua interferência, políticas de desenvolvimento econômico e social, visando, em tese, o crescimento e redução da desigualdade, ou minoração dos efeitos causados pelo capitalismo. Garante-se condições mínimas de sobrevivência à sociedade. Após a crise 1929, a sua necessidade ficou latente. Em alguns países a intervenção se mostra mais ou menos branda.

²² Embora tenha sido proclamada a independência do Brasil em 1822, de fato, o país caminhava na direção contrária do Ocidente. Iniciava-se um governo absolutista e, em 1824, teve sua primeira Constituição, outorgada por D. Pedro I. Dois anos depois, com a morte de seu pai teve optar entre o trono português ou brasileiro, não o fez e somente em 1831, após 5 anos fora, optou por Portugal, deixando o Brasil nas mãos de seu filho de 5 anos.

²³ Novamente a Inglaterra saía na frente, quando em 1845 aprovou a Bill Aberdeen, lei que proibira o tráfico de escravos no Atlântico Sul. Nessa época, no Brasil, a economia girava em torno do café e as classes dominantes eram as oligarquias cafeeiras e os traficantes de escravos. Mesmo com a lei inglesa,

Contudo, essa transição não foi pacífica ao redor do globo. Em alguns países o insucesso do Estado liberal desencadeou reações, revoluções e movimentos a exemplo, em síntese, do Socialismo, o Comunismo na Rússia, o Marxismo, o Fascismo²⁴ na Itália e o Nazismo na Alemanha. O ponto comum em todos é que surgiram para combater o liberalismo em decadência. Contudo os dois últimos, ainda tinham como objetivo especial insurgirem-se contra infiltrações comunistas.

Sem prejuízo ainda surgiram, com inspiração fascista, o Kemalismo na Turquia, o Pilsudskismo na Polônia, Salazarismo em Portugal, Getulismo no Brasil e Justicialismo na Argentina²⁵.

Por fim, após a Segunda Guerra Mundial²⁶, houve a consolidação do Estado social de Direito. Contudo, faltava conteúdo democrático, portanto a fórmula ainda encontrava-se incompleta, já que o Estado social poderia coexistir com quaisquer dos movimentos acima citados, “menos a ideologia marxista, que não confunde o social com socialista.”²⁷ Nascia o Estado democrático de Direito, fundado como princípio da soberania popular.

de 1846 a 1848 a entrada de escravos no Brasil triplicou de número e, somente em 1850, a prática fora proibida por aqui. Os traficantes de escravos não ficaram desamparados. Com a ajuda de Barão de Mauá, ora homem mais rico do Brasil, fundaram o Banco do Brasil. Em 1863 os EUA aboliram a escravidão, restando o Brasil como um dos únicos ainda a promovê-la, no Ocidente, abolindo- somente em 1888.

²⁴ Criado por Benito Mussolini, na Itália, em 1922, deu origem ao totalitarismo da direita, que ascendeu na Europa depois da primeira guerra mundial (1914-1918) e atingiu a América Latina nos movimentos de exaltação nacionalista.

²⁵ Também conhecidos como Estados Novos, guardavam em comum a característica de só admitirem como sujeito de direito público a totalidade dos cidadãos, logo eram Estados totalitários ou coletivistas. As leis ou atos do governo visavam toda a população, ainda que resultasse em sacrifício ou a negação de direitos individuais.

²⁶ O Conselho Parlamentar confirmou em sessão pública, no dia 23 de maio de 1949 em Bonn, que a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, aprovada pelo Conselho Parlamentar no dia 8 de maio de 1949, tinha sido ratificada na semana de 16 a 22 de maio de 1949 pelos Parlamntos de mais de dois terços dos Estados alemães participantes. Baseando-se nesta confirmação, o Conselho Parlamentar, representado pelos seus Presidentes, sancionou e promulgou a Lei Fundamental. O art. 20 da Constituição Alemã dispõe que: “Artigo 20 [Princípios Constitucionais – Direito de resistência] (1) A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social.” Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>

²⁷ SILVA, J. A. O estado democrático de direito. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 173, 1º Julho 1988. p. 18. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45920/44126>>. Acesso em: 19 abr. 2021.

2.2 O estado democrático de direito no Brasil

Ao falar em Estado democrático de Direito José Afonso da Silva relata que a “democracia, como realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa) de convivência humana, é conceito mais abrangente que o de Estado de Direito, que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal.”²⁸

Com a incorporação do Estado social no Estado democrático, este, além de cuidar do bem-estar da sociedade, apropria-se “do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, na qual a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência”.²⁹

No Brasil, o Estado democrático de Direito, embora já presente nas Cartas Alemã, Portuguesa e Espanhola, teve início com a Constituição de 1988, notadamente expresso no preâmbulo³⁰ e reiterado na redação do seu art. 1º, que afirma que a “República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”.³¹

A nossa Carta, possui redação extensa e de caráter compromissório com o bem-estar social, sobretudo porque prevê um capítulo destinado aos direitos e garantias individuais e coletivos e outro aos direitos sociais, rompendo com o passado autoritário e de mazelas, sucedendo, portanto, o período de torturas ocorridas na ditadura militar. Desde então há, periodicamente, eleições para que a população escolha os seus representantes. É, de fato, o mais longo período de estabilidade institucional democrática vivido.

²⁸ Ibid., p. 15.

²⁹ STRECK e MORAIS, op. cit., p. 19.

³⁰ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 19 abr. 2021.

³¹ Ibid., art. 1º.

Por isso que a lei, sobretudo a norma constitucional, é tão importante no Estado democrático de Direito, que traz como princípios basilares, segundo lição de José Afonso da Silva, o princípio da constitucionalidade, princípio democrático, sistema de direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais e culturais, princípio da justiça social, como princípio da ordem econômica e da ordem social, princípio da igualdade, princípio da divisão de poderes e da independência do juiz, princípio da legalidade e princípio da segurança jurídica.³²

Assim, a “tarefa fundamental do Estado democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social.”³³

3 DEMOCRACIA EM CRISE

Não é fácil trazer um conceito universal ou consensual de democracia, pois é um termo plurissignificativo mas, “etimologicamente, a palavra, de origem grega, significa “governo do povo”, sendo formada pelos radicais *demos* (i.e., povo) e *krátios* (i.e., governo).”³⁴

Para Hans Kelsen a democracia está umbilicalmente ligada à ideia de liberdade política e afirma que “politicamente livre é quem está sujeito a uma ordem jurídica de cuja criação participa. [...] Democracia significa que a vontade representada na ordem jurídica do Estado é idêntica à vontade dos sujeitos”.³⁵

Contudo, há latente uma crise político-democrática, que assombra a democracia brasileira. Nesse sentido, na própria história do Brasil, quando exige-se uma lembrança mais apurada da memória, parece que o termo crise é onipresente nos mais diversos momentos. Seja na monarquia, no parlamentarismo, na ditadura ou na democracia, têm-se crises políticas, econômicas, financeiras, comerciais, climáticas, corporativas, institucionais, agrícolas, governamentais e militares, só para citar.

³² SILVA, J. A. op. cit., p.24.

³³ Ibid., p. 24.

³⁴ OSÓRIO, Aline. Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 67.

³⁵ KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 406.

Com efeito, quando se vive em um Estado Democrático de Direito, as crises são potencializadas e tomam ares de verdadeiro retrocesso, fazendo parecer que, como num jogo de apostas, ao ganhar 100 pontos, pode-se perder 200, logo em seguida, deixando o jogador à míngua e sem ter a quem socorrer ou pelo menos saber se houve arbitrariedade e as regras do jogo foram devidamente respeitadas. Você perde e encontra-se em uma situação pior do que antes. Assim acontece com a crise que a democracia vive, há uma ameaça de se retroceder após anos de lutas e conquistas. Afinal, o Estado democrático de Direito pode ser considerado uma conquista do povo brasileiro que lutou para ver funcionar a democracia e os seus direitos.

O fenômeno não acontece somente no Brasil, embora seja o país central na análise do presente escrito. O jeito de fazer política tem mudado. A sociedade e os meios de comunicação vêm em constante (e complexas) mudanças e evolução e, os seus representantes, ainda que legitimamente eleitos, têm incitado os mais abomináveis discursos de violência, intolerância, ódio, sem prejuízo da já sistêmica e duradoura corrupção.

Poder-se-ia dizer que o protagonista do Estado democrático de Direito é o povo, representando pelos eleitos, estes que, em nome daqueles, elaboram leis, administram a máquina pública e viabilizam as melhores condições para os reais detentores do poder viverem. O discurso parece utópico e não é para menos. Norberto Bobbio divide o modelo democrático em ideal e real. No modelo ideal o protagonista é o indivíduo e há derrota das oligarquias, enquanto no modelo real os protagonistas são os grupos e as oligarquias permanecem ainda são consideradas concorrentes.³⁶

É o que parece acontecer no Brasil e motivos não faltam

3.1 Os protagonistas da crise

O que faz no Brasil, um político emergir? O que pode garantir o seu sucesso em uma eleição? Será que de fato o candidato vale o quando custa? Representa o

³⁶ BOBBIO, N. O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo. 15ª. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009. 304 p.

verdadeiro protagonista do Estado democrático? Acredita-se, e passa-se a expor, que existem três vertentes para ser um político de sucesso na contemporaneidade brasileira.

Em primeiro lugar, a vertente financeira. É sabido que as campanhas eleitorais são inegavelmente caras. Após analisar a base de dados constante do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) das receitas das campanhas para Presidente da República dos anos de 1994, 1998, 2002, 2006, 2010 e 2014, através da análise e do cruzamento de informações, constatou-se que há clarividente opressão dos candidatos que receberam menor aporte, sendo que, indubitavelmente os candidatos que mais arrecadaram sagraram-se vencedores, com exceção da eleição de 2018, que merecerá uma explicação a parte. Veja-se a tabela montada a partir dos dados ora analisados.

Tabela 1 - Relação entre as receitas de campanha, a origem das receitas e voto recebidos nas eleições presidenciais³⁷

Ano eleição	Partido/Candidato	Total arrecadado	Votos obtidos (%)
1994	PSDB (FHC)	R\$ 33.183.801,95	54,3%
1994	PT (LULA)	R\$ 1.342.297,20	27,0 %
1994	PMDB (QUÉRCIA)	R\$ 9.901.078,89	4,4%
1998	PSDB (FHC)	R\$ 41.656.385,26	53,1%
1998	PT (LULA)	R\$ 2.242.430,12	31,7%
1998	PPS (CIRO)	R\$ 1.018.591,73	11,0%
2002 2ºT	PT (LULA)	R\$ 26.597.446,36	61,27%
2002 2ºT	PSDB (SERRA)	R\$ 18.177.712,07	38,73% ³⁸
2006 2ºT	PT (LULA)	R\$ 81.188.298,01	60,83%
2006 2ºT	PSDB (ALCKMIN)	R\$ 62.022.370,45	39,17%
2010 2ºT	PT (DILMA)	R\$ 135.530.844,32	56,05%
2010 2ºT	PSDB (SERRA)	R\$ 111.765.640,89	43,95%
2014 2ºT	PT (DILMA)	R\$ 350.493.401,70	41,59%
2014 2ºT	PSDB (AÉCIO)	R\$ 226.858.146,75	33,55%
2014 1ºT	MARINA	R\$ 49.090.259,27	21,32

³⁷ Os dados das eleições de 1994 e 1998 foram compilados na década de 90 por David Samuels, Professor de ciência política da McKnight University (Minnesota-EUA) e Ph.D. pela Universidade da Califórnia em San Diego (1998), que estudou pessoalmente financiamento de campanhas eleitorais no Brasil, quando os dados ainda não eram informatizados pelo TSE, cedendo, gentilmente, a essa autora para pesquisa. Os demais dados são oficiais extraídos do do Tribunal Superior Eleitoral.

³⁸ Disponível em: <https://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-relatorio-resultado-eleicoes-2002/rybena_pdf?file=https://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-relatorio-resultado-eleicoes-2002/at_download/file>. P. 89. Acesso em 28 mar. 2021.

Infelizmente, os crescentes escândalos de corrupção atrelados, sobretudo, ao financiamento de campanhas eleitorais fizeram com que as eleições de 2014 fossem, no Brasil, o marco das últimas que receberam aporte de pessoas jurídicas, porquanto no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4652/DF, de relatoria do Ministro Luiz Fux, o Supremo Tribunal Federal declarou, por 9 votos a 3, a inconstitucionalidade do financiamento das campanhas eleitorais por pessoas jurídicas. Com a proibição da doação por pessoas jurídicas e a falta de costume (e até condições) do eleitor em doar, houve uma crescente candidatura de pessoas com alto poder aquisitivo, que bancaram suas campanhas na modalidade autofinanciamento.³⁹

Mas não é só isso. Em segundo lugar atribui-se à vertente da visibilidade pré-existente do candidato. O que se quer se dizer com isso? Cantores, apresentadores, jogadores, *influencers* e atores. Estes dispensam, *prima facie*, um alto montante de investimento, pois já têm holofotes virados para si e, então é como se saíssem com certa vantagem na largada de uma corrida, necessitando, portanto, somente de desfrutar do alcance que possuem em seus canais de comunicação.

Em terceiro lugar, temos os incríveis políticos profissionais. Verdadeiros clãs, que herdaram geração pós geração o gosto e, às vezes, a vocação, pela política. Estes têm mandatos que parecem verdadeiros cargos vitalícios, que vão se perpetuando no tempo. Como as Oligarquias do passado, conseguem reunir, muitas vezes, as duas vertentes citadas anteriormente. De sobrenomes facilmente identificáveis, atendem por Jucá, Calheiros, Perillo, Bolsonaro, Maia, Alcolumbre, Cunha, Sarney. Conseguem votos quase que com base em um inconsciente coletivo. As pessoas, por vezes, não sabem sequer porque neles votam, ou pelo menos citar um projeto que o dito político tenha feito, ainda que passe anos como parlamentar.

Nesse sentido, poder-se-ia concluir que se um candidato não está em algum desses grupos, a chance de obter êxito em suas campanhas, diminui de maneira exponencial. Assim, a democracia brasileira não se mostra tão heterogênea o quanto

³⁹ O grande exemplo na corrida presidencial de 2018 é Henrique Meirelles, do MDB, que mesmo tendo o seu partido recebido a maior cota do FEFC, declarou ter sido do próprio bolso toda a receita de sua campanha, num total de R\$ 57 milhões.

necessária para eventualmente se manter (mais) forte e, por muitas vezes, sequer é de fato representativa.

3.1.1 Quando a corrupção abre alas para um novo tempo

Democraticamente falando, o Brasil não parou para respirar. Parece sobreviver em uma UTI, constantemente ajudado por aparelhos. Os aparelhos em uma analogia seriam os direitos e garantias que ainda restam ao povo brasileiro que possui condições de lutar contra a corrupção, a tirania e quase todas as ameaças que lhe rodeia.

Após 3 anos a primeira eleição realizada no Estado democrático de Direito brasileiro, em 1992, foi instalada a primeira Comissão Parlamentar de Inquérito sob a égide da Constituição de 1988. Explodiu o escândalo PC Farias.⁴⁰ Na ocasião, logrou-se apurar⁴¹ que participaram de um esquema subreptício de corrupção as empresas: Votorantim, Tratex, Norberto Odebrecht, Andrade Gutierrez, Mendes Sampaio, Cetenco e a Cooperativa Regional de Produtores de Açúcar e Álcool de Alagoas, tendo, inclusive, contribuído com a campanha presidencial de Collor, o que era proibido à época.⁴² Embora tenha renunciado, Collor sofrera o *impeachment*.

Mais tarde, já em 2005, vinha à tona outro escândalo. Roberto Jefferson⁴³ “afirmou que o tesoureiro do PT, Delúbio Soares, pagava propina mensal de 30 mil

⁴⁰ PC “transitava no meio empresarial intermediando negócios, favores e nomeações mediante a cobrança de propinas. Nesses contatos, dizia falar em nome do presidente.” CPI desvenda os poderes de PC Farias. Memorial da Democracia, 2 jun. 1992. Disponível em: <<http://memorialdademocracia.com.br/card/cpi-desvenda-os-poderes-de-pc-farias>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

⁴¹ Claudio Francisco Vieira, tesoureiro (oficial) de Collor, em depoimento prestado à CPI, no dia 27 de julho de 1992, afirmou que Collor firmou contrato com uma instituição Uruguaia, abrindo linha de crédito no valor de US\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de dólares) que seriam utilizados em sua campanha eleitoral. Afirmou, ainda que após a veiculação do programa do PRN na Rede Bandeirantes em São Paulo, sua cotação com a opinião pública aumentou, tendo surgido, portanto, amigo para ajudar na campanha eleitoral e dispensando o dinheiro obtido no Uruguai.

⁴² Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1995/3/14/brasil/45.html>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

⁴³ A revista Veja, em sua edição nº 1.905, de 18/05/2005, publicou matéria intitulada “O homem chave do PTB”, na qual foram transcritos diálogos de que participava Maurício Marinho, então diretor do Departamento de Contratação e Administração de Material da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Esses diálogos indicaram a ocorrência de atos de corrupção na estatal e Jefferson seria coautor destes. Assim, no dia 25/05/2005 um grupo de parlamentares requereu a criação de CPMI para investigar os fatos. Entretanto, Roberto Jefferson concedeu entrevista à jornalista Renata Loprete, da Folha de S. Paulo, no dia 06/06/2005, na qual “delatou” o esquema de propinas no governo,

reais a parlamentares do PP e do PL em troca de apoio no Congresso. Estourava o escândalo do mensalão, que originou a ação penal 470.”⁴⁴ Em 16 de agosto de 2012, 7 anos após o mensalão vir à tona, o Supremo Tribunal Federal condenara o primeiro réu no mensalão.

Em 2013, com as manifestações de junho⁴⁵, seguindo uma tendência mundial⁴⁶, o povo brasileiro parecia tomar gosto pela voz ativa e aparentava querer romper com tudo que reputava errado nos governos.

Para selar o momento de crise, as empresas Oas, Odebrecht, Utc, Camargo Correa, Techint, Andrade Gutierrez, Mendes Júnior, Romon, Mpe, Skanska, Queiroz Galvão, Iesa, Engevix, Setal, Gdk e Galvão Engenharia, formaram um cartel, entre, aproximadamente, os anos de 2004 e 2014, a fim de fraudar licitações no âmbito da Petrobras, realizadas, entre 2006 e 2014. Para tanto, era primordial, para que o esquema desse certo, a colaboração, comatos de corrupção de funcionários do alto escalão da estatal, a saber: Paulo Roberto Costa, Renato Duque, Pedro Barusco, dentre outros.⁴⁷ Era tempo de Lava-Jato, com direito a juiz super-herói e Procurador mostrando denúncia com *PowerPoint* em rede nacional, sem adentrar, por ora, nos clarividentes abusos cometidos no âmbito da Operação.

Passados 3 anos dos protestos de 2013 e, após a espetacularização da política, a então presidente reeleita Dilma Rousseff sofria um *impeachment*. Nascia uma espécie de seita: o antipetismo. Foram 16 anos de governo do Partido dos Trabalhadores, antecedido por 8 anos de governo do Partido Social Democrático Brasileiro. Abria-se uma erosão democrática.

conhecidos como mensalão, em nítido caráter de tirar o foco das acusações que recaiam sobre si, o que mostrou-se inócuo já que no dia 09/06/2005 a CPMI “dos Correios” iniciou os seus trabalhos e agregou o mensalão nas investigações. Roberto Jefferson teve seu mandato cassado em 14/09/2005 e foi sentenciado em 28/11/2012, na AP 470, a 7 anos e 14 dias de reclusão, pelo cometimento dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

⁴⁴ ABRANCHES, S. Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 248.

⁴⁵ No dia 6 de junho de 2013, um grupo de pessoas se reuniu na Av. Paulista, em São Paulo, em notória desaprovação ao aumento de R\$ 0,20 das passagens de ônibus. Desde os “caras pintadas”, à época do escândalo envolvendo Collor, as ruas do país não haviam presenciado essa magnitude de protesto. CASTELLS, M. Ruptura A crise da democracia liberal. Edição digital: junho de 2018. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. pp 106-107.

⁴⁶ “O 15-M foi matriz e inspiração dos movimentos sociais em rede que se estenderam pela Europa, pelos Estados Unidos e também pela América Latina, particularmente no Brasil e no México, em resposta à crise econômica e à ruína da legitimidade política.”

⁴⁷ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/denuncia-odebrecht.pdf>>. Acesso em: 9 abr. 2021.

3.2 A nova política

Como o país parecia viver uma erosão democrática, o povo estava, ao mesmo tempo, descrente na política e hiperbolicamente sedenta por um novo Messias que, milagrosamente, apagasse de vez todo o passado manchado de corrupção. Não era uma exclusividade nacional.⁴⁸

A democracia brasileira estava visivelmente doente, como se o seu sistema imunológico estivesse vulnerável. Era um paraíso perfeito para patógenos e parasitas se reproduzirem, causando infecções ou quando oportuno a morte. A fadiga de ter passado pela Primeira República, Era Vargas, “Parlamentarismo” e Ditadura Militar e dois *impeachments* era visível, mas um novo hospedeiro, inevitável. Embora imbuído de ódio, parte do eleitorado no Brasil tinha um só lema que ecoava, em meio ao som de panelas e piscar de luzes: “*Fora, PT. Fora, corrupção*”. O grito vinha de uma sociedade que se auto intitulava conservadora, crente que a instituição família seria formada somente por marido, mulher e filho, que repudiava pautas progressistas consideradas “de esquerda”, que pregava o patriotismo acima de tudo e, ordinariamente, ligada a ideais (subjetivos) de moral, bons costumes, além de um fanatismo religioso.

Foi nesse contexto que as eleições de 2018 aconteceram. O PT estava com seu principal nome, Lula, inelegível por uma condenação sofrida por um juízo incompetente⁴⁹ e um juiz suspeito, tendo na ocasião escolhido Fernando Haddad, ex-prefeito de São Paulo que derrotara Serra em 2012, para ser o nome na disputa. Já o PSDB, evitou novo confronto entre os dois candidatos e optou por Alckmin. Além

⁴⁸ “Já fiz algum tempo, seja na Espanha, nos Estados Unidos, na Europa, no Brasil, na Coreia do Sul e em múltiplos países, assistimos a amplas mobilizações populares contra o atual sistema de partidos políticos e democracia parlamentar sob o lema “Não nos representam!”. Não é uma rejeição à democracia, mas à democracia liberal tal como existe em cada país, em nome da “democracia real”. [...] Dessa rejeição, em outros países, surgem lideranças políticas que, na prática, negam as formas partidárias existentes e alteram de forma profunda a ordem política nacional e mundial. Trump, Brexit, Le Pen, Macron (coveiro dos partidos) são expressões significativas de uma ordem (ou de um caos) pós liberal. Assim como o é a total decomposição do sistema político do Brasil, país fundamental da América Latina.” CASTELLS. op. cit., pp.5-6.

⁴⁹ O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) confirmou, no dia 14/04/2021, a decisão do ministro Edson Fachin que, ao declarar a incompetência da 13ª Vara da Justiça Federal de Curitiba (PR), anulou as ações penais contra o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva por não se enquadrarem no contexto da operação Lava Jato. Por 8 votos a 3, o colegiado rejeitou recurso (agravo regimental) da Procuradoria-Geral da República (PGR) no Habeas Corpus (HC) 193726. Disponível em: <<http://portal.stfj.us.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=464261&ori=1>>. Acesso em: 19 abr. 2021.

desses, houve outros costumeiros disputantes como Ciro Gomes e Marina Silva. Mas a disputa pela primeira vez, com exceção das eleições de 1989, não seria protagonizada por PT versus PSDB, nitidamente desgastados pelos últimos acontecimentos no país. Surgiu, pelo Partido Social Liberal (PSL), Jair Messias Bolsonaro, munido de tudo aquilo que aquela parte do eleitorado queria ouvir. Bolsonaro venceu as eleições.

Nascia a vertente política de uma “nova direita”, era uma espécie de Iluminismo às avessas, que conduz o Brasil à escuridão. As lições de seus líderes não eram advindas de Rousseau, mas de um auto intitulado guru. A liberdade consubstanciaria na afronta à recomendações médico-científicas de distanciamento social em meio a uma pandemia, a igualdade era tratar como igual quem pensa igual, os demais provavelmente sofreriam algum tipo de censura ou medida tomada de algum tipo de violência e a fraternidade poderia ser considerada um “mi-mi-mi” ou “coisa de maricas”.

Assim como as breves ideias traçadas anteriormente sobre o fascismo, essa nova ordem democrática instalada no Brasil tem medo e repudia o comunismo, embora raramente saiba do que se trata de fato. São eleitores *hightech*, que gostam de se informarem pelo *Whatsapp*⁵⁰ e elegem um políticos tecnopolistas.⁵¹

⁵⁰ O *Whatsapp* virou, além de principal meio de comunicação, a maior ferramenta de informação, na qual as pessoas se apoiam, participam de grupos específicos e repassam as informações recebidas, quase que indiscriminadamente. Quando da votação do Projeto de Lei nº 2.630/2020 de autoria do Senador Alessandro Vieira (CIDADANIA/SE), intitulado de Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet (PL das Fake News), o Instituto DataSenado, em parceria com as Ouvidorias da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, realizou pesquisa na qual restou consignado que 98% dizem acessar a internet por meio de celular, bem como que o *WhatsApp* é sempre a principal fonte de informação de 79% dos entrevistados, enquanto 50% indicaram que sempre recorrem à televisão e 49%, sempre se informam pelo Youtube. Já 45% afirmaram ter decidido voto em período de eleições levando em consideração informações vistas em alguma rede social, sendo as mais citadas o Facebook (31%) e o *Whatsapp* (29%), desse percentual 55% considera-se de direita, 46% esquerda e 43% centro. Dos entrevistados, o percentual de brasileiros que afirmam já ter identificado alguma notícia falsa nas redes sociais chega a 83%. Também apurou-se que 34% das pessoas concordam que as informações publicadas em redes sociais são mais confiáveis do que informações publicadas na mídia tradicional como TV e jornal, enquanto 62% discordam. SENADO, I. D. P. D. Senado, Brasília, novembro 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/mais-de-80-dos-brasileiros-que-redes-sociais-influenciam-muito-a-opiniao-das-pessoas>>. Acesso em: 28 set. 2020.

⁵¹ Termo utilizado pelo italiano Giuliano da Empoli para nominar a união entre a cólera de uma população descontente, injusta ou justamente, com os efeitos da globalização e os sofisticados algoritmos das redes sociais.

3.2.1 A mentira como verdade

No ano em que Bolsonaro fora eleito, a jornalista da Folha de São Paulo, Patrícia Campos Mello, fez uma matéria para o citado jornal, sobre disparo em massa de mensagens no aplicativo *Whatsapp*, às vésperas do segundo turno, sobretudo contra o então candidato do Partido dos Trabalhadores Fernando Haddad. Duas das mais famosas dessas postagens eram a “cartilha kit gay” e a “mamadeira de piroca”. A matéria supramencionada trouxe a conhecimento a existência de empresários que contrataram agências de *marketing* para enviar milhões de mensagens e influenciar o resultado das eleições presidenciais de 2018. O esquema é proibido, em razão da proibição de financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas, logo, isso configuraria um caixa dois⁵² à brasileira.

Mas a liberdade de expressão, como direito que ocupa uma posição preferencial, garante que o cidadão poste o que quiser, independentemente de ser verdade ou mentira. Não é crime mentir. O jogo eleitoral por vezes é agressivo. Mas, no caso em tela, trata-se de mentira ou fato distorcidos, coordenados e deliberados com nítido propósito fraudulento, de adulterar a vontade do eleitor, colocando em cheque a legitimidade dos representantes eleitos, conseqüentemente a democracia.

Na prática, uma vez disparado o conteúdo fraudulento, a narrativa é impulsionada naturalmente pelas redes orgânicas, que são os cidadãos de carne e osso, que acreditam no que está sendo veiculado, isso é chamado pelos americanos de *firehosing* – mangueira de incêndio. Foi uma tática muito utilizada por Wladimir Putin em 2014 na Rússia, em 2016 nos EUA por Donald Trump e em 2018 no Brasil por Jair Bolsonaro, que assim construiu o seu exército de seguidores.

Por vezes, pôde-se perceber Bolsonaro invertendo uma narrativa verdadeira, a exemplo de decisões emitidas pelo STF, para convocar a população para exercer

⁵² Caixa dois é aquele valor doado às campanhas eleitorais e não declarado à Justiça Eleitoral, nos termos da Lei. Portanto, a continuidade das doações eleitorais por empresários, “maquiadas” por meio de postagens fraudulentas de *Whatsapp*, seria duplamente ilegal, pois envolveria disparo de *fake news* e financiamento ilícito de campanha, podendo ser intitulado de caixa dois à brasileira, ou caixa dois ao quadrado.

invasões ao próprio Supremo e ao Congresso Nacional. Sem prejuízo, Deputados⁵³ ou Bolsonaroístas provocam, ameaçam Ministros e quem “ousar” deles discordar.

Não se pode virar as costas ou negar a (r) evolução tecnológica, os benefícios que dela advêm em detrimento do seu mau uso, deve ser combater o mal com o bem, o ódio com amor, o negacionismo com a ciência e a mentira com a verdade. A tarefa não é fácil.

4 CONCLUSÃO

Conclui-se que a história mais remota demonstrou que golpes ou governos ilegítimos/autoritários provocam a desdemocratização do Estado de Direito, mas a história recente tem demonstrado que igualmente letal à democracia é o caso representado por aqueles que são legitimamente eleitos, com transcurso, em tese, regular do processo eleitoral e uma vez detentores do poder instauram verdadeiro caos, incitando ódio e subversão à ordem.

No Brasil, uma vez eleito, o Presidente Bolsonaro demonstra, na prática, pouco apoio às políticas das minorias, do bem-estar social e prega a aprovação de leis que ameaçam a liberdade de imprensa⁵⁴, incita o ódio, a violência, porte de armas, homofobia, rebaixamento da mulher, só para citar.

Assim, em um de seus milhares de discursos ameaçou cortar publicidade na mídia “inimiga” e cumpriu a promessa já no primeiro ano de governo. Um relatório do Tribunal de Contas da União (TCU) revelou que o governo passou a destinar os maiores percentuais de verba publicitária para a Rede Record de Televisão e para o SBT – Sistema Brasileiro de Televisão — emissoras consideradas aliadas ao Planalto, mas que não são líderes de audiência.

⁵³ Daniel Silveira, Deputado Federal pelo PSL, disse no dia 16/02/2021: “todo mundo está cansado dessa sua cara de filha da puta que tu tem, essa cara de vagabundo... várias e várias vezes já te imaginei levando uma surra, quantas vezes eu imaginei você e todos os integrantes dessa corte ... quantas vezes eu imaginei você na rua levando uma surra” Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-fev-17/deputado-presos-pregar-ditadura-atacar-supremo>>. Acesso em: 19 abr. 2021.

⁵⁴ Na Hungria, Orbán baixou uma série de leis que previam multas para veículos de mídia que fizessem “cobertura desequilibrada”, “insultuosa” ou em violação à “moralidade pública”. A legislação obriga a mídia a fazer cobertura “confiável, rápida e precisa” das notícias — do ponto de vista do governo, claro. Além disso, o húngaro recorre a um instrumento básico de intimidação: corte de anúncios do governo em mídia não alinhada ao partido no poder.

Além de coibir os veículos de comunicação tradicionais que o incomodam, provoca a censura indireta ou terceirizada, que é quando por medo das retaliações e ataques tais como a Jornalista Patrícia Campos Mello sofreu quando da publicação da matéria, a mídia deixa de publicar determinados conteúdos contrários. O que é totalmente contrário à liberdade de expressão tão cultuado em um Estado democrático de Direito. Assim, consolidou-se o clima de guerra e polarização no Brasil, iniciado com as manifestações de 2013.

Desde então, uma população que já estava insatisfeita e com algum mau sentimento enrustido, precisou de um empurrão, encontrando em Bolsonaro, que simplifica problemas complexos, inverte e descontrói narrativas, nega a ciência e banaliza a mentira, o par perfeito para a construção de uma nação acima da nação e desdemocratização do Estado de Direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

Senado. 1992. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4804756&ts=1593995841506&disposition=inline>>. Acesso em: 03 abril 2021.

ABRANCHES, S. **Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. 434 p.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 1ª. ed. São Paulo: Editora Lafonte, 2020. 280 p.

BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BIBLIOTECA Digital do Senado. **Senado**, 2006. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/84897>>. Acesso em: 4 Abril 2021.

BOBBIO, N. **O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo**. 15ª. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009. 304 p.

CASTELLS, M. **Ruptura A crise da democracia liberal**. Edição digital: junho de 2018. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. 127 p.

CHAMARY, J. **50 ideias de biologia que você precisa conhecer**. Tradução de Petê Rissati. São Paulo: Planeta do Brasil, 2019. 216 p.

CPI desvenda os poderes de PC Farias. **Memorial da Democracia**, 1992. Disponível em: <<http://memorialdademocracia.com.br/card/cpi-desvenda-os-poderes-de-pc-farias>>. Acesso em: 23 março 2021.

Conjur, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-fev-17/deputado-preso-pregar-ditadura-atacar-supremo>>. Acesso em: 19 abr. 2021.

EMPOLI, Giuliano da. **Os engenheiros do caos: como as fake news, as teorias da conspiração e os algoritmos estão sendo utilizados para disseminar ódio, medo e influenciar eleições**. São Paulo: Editora Vestígio, 2019.

GOMES, J. J. Curso de Direito Eleitoral. In: GOMES, J. J. **Curso de Direito Eleitoral**. São Paulo: Atlas, 2020.

JORNAL Folha de São Paulo. **Folha**. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/>>. Acesso em: Março 2021.

KELSEN, H. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEI Fundamental da República Federal da Alemanha. 1949. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2021.

MALUF, S. **Teoria geral do Estado**. 34^a. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 314 p.

MELLO, Patrícia Campos. **A máquina do ódio: notas de uma repórter sobre fake News e violência digital**. São Paulo: Companhia das Letras. 2020. 294 p.

MEMORIAL da Democracia. **Site do Memorial da Democracia**. 2 junho 1992. Disponível em: <<http://memorialdademocracia.com.br/card/cpi-desvenda-os-poderes-de-pc-farias>>. Acesso em: 23 março 2021.

MONTESQUIEU, C.-L. D. S. **Do Espírito das leis**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 1^a. ed. São Paulo: Martin Claret, 2021. 864 p.

OSÓRIO, A. **Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão**. 1. ed. Belo Horizonte: Forum, 2017.

ROUSSEAU, J. J. **Do contrato social**. Tradução de Eduardo Brandão. 1. ed. São Paulo: Penguin Companhia, 2011. 200 p.

SCHWARCZ, L. M.; STARLING, H. M. **Brasil: uma biografia: Com novo pós-escrito**. 2^a. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. 1330 p.

SENADO. **Senado**, 1992. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4804756&ts=1593995841506&disposition=inline>>. Acesso em: 03 ab. 2021.

SENADO, I. D. P. D. **Senado**, Brasília, novembro 2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/mais-de-80-dos-brasileiros-acreditam-que-redes-sociais-influenciam-muito-a-opinio-das-pessoas>>. Acesso em: 28 set. 2020.

SILVA, J. A. D. O estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 173, p. 245, 1 Julho 1988. Acesso em: 19 Abril 2021.

SOARES, G. A. D.; R., L. R. Reforma política: lições da história recente. In: SAMUELS, D. **Financiamento de campanhas no Brasil e propostas de reforma no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 133-153.

STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. D. **Ciência política e teoria do Estado**. 8ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. 224 p.

TRIBUNAL Superior Eleitoral. **TSE**. 2002. Disponível em: <https://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-relatorio-resultado-eleicoes-2002/rvbenapdf?file=https://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-relatorio-resultado-eleicoes-2002/at_download/file>. Acesso em: 28 mar. 2021.

TSE. www.tse.jus.br, 24 março 2021. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-antiores/eleicoes-1994/resultados-das-eleicoes-1994/brasil/resultados-das-eleicoes-1994-brasil>>. Acesso em: 24 mar. 2021.

VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**. 1. ed. Brasil: L&M Pocket, 2008.

A DESAPROPRIAÇÃO AGRÁRIA DO IMÓVEL RURAL PRODUTIVO

THE AGRARIAN EXPROPRIATION OF THE PRODUCTIVE RURAL PROPERTY

Emanoel Gonçalves de Carvalho¹

RESUMO

Este artigo dispõe sobre a constitucionalidade da desapropriação do imóvel rural produtivo que não cumpre a função social. A exceção do art.185 da Constituição Federal não alberga ilicitudes que favorecem a produtividade.

Palavras-Chave: desapropriação agrária - imóvel rural produtivo – função social

ABSTRACT

This article deals with the constitutionality of the expropriation of productive rural property that does not fulfill its social function. The exception of art.185 of the Federal Constitution does not contain illegality that favor productivity.

Keywords: Agrarian expropriation - productive rural property – social role

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende fazer a distinção da propriedade rural produtiva que cumpre a função social daquela que, a despeito da produtividade aferida, sua classificação decorre do cometimento de ilícito ambientais, trabalhistas, desrespeito aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, descumprindo, deste modo, a função social, dever constitucional a que está subordinado por previsão do art. 186 da carta magna.

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1988). Procurador Federal. Aluno do curso de Pós-graduação Lato Sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. E-mail: eg-carvalho@uol.com.br.

Hodiernamente a propriedade já não mais se encontra ileso aos fenômenos sociais, especialmente quando seu uso, enquanto bem econômico, traz prejuízos à coletividade. Já não mais estamos sobre o manto da propriedade civilista do código civil de 1916 inspirado no direito privado do código de Napoleão, que a protegia com o poder absoluto sobre qualquer circunstância. A atual carta magna, também conhecida como constituição cidadã, não admite a proteção de uma propriedade com selo de produtividade conquistado às expensas de prejuízos à sociedade. Essa tarja é rota e deve ser desconsiderada. Esta condição deve atrair as sanções pertinentes aos ilícitos cometidos, dentre eles a desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária.

As exceções do art. 185 da constituição federal devem, pois, ser interpretadas em consonância com o art. 186 em respeito à sociedade a qual se destina os preceitos constitucionais se destinam.

2 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE RURAL

A Constituição de 1988 consigna o princípio da função social em dois capítulos distintos. Primeiro no título II, capítulo I, “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, art. 59, inciso XXII, dispondo que “é garantido o direito de propriedade” e, no inciso XXIII, que “propriedade atenderá a sua função social”.

No título VII, capítulo I, “Dos princípios Gerais da Atividade econômica”, art. 170, onde se encontra plasmado que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da soberania nacional (I), propriedade privada (II), função social da propriedade (III)...”

Dos dois títulos depreende-se ser a propriedade privada um direito assegurado, mas condicionado ao cumprimento da função social, assim como, enquanto bem econômico que é, sua exploração deve valorizar o trabalho humano daqueles que a exploram, assegurando-lhes uma existência digna.

Ademais, a Constituição, assegura no art. 225 o direito a todos terem o meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo bem comum e essencial à qualidade de

vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Para assegurar o direito consignado o art.225, o parágrafo único incumbe ao Poder públicos, dentre outros deveres o de “(...), exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade(IV); - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente(V)...”

O parágrafo terceiro, por sua vez determina que “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Assim, o exercício da atividade econômica no imóvel rural está atrelado, necessariamente, ao regular exercício de direitos que respeitem a relação de trabalho e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, repudiando, pois, formas de exploração que afrontem à dignidade da pessoa humana e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O capítulo III, “Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária”, abre com o art.184, caput, dispondo que” Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação de valor real, resgatáveis no prazo de até 20(vinte) anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei”.

Na sequência o art.185 prescreve que “ a pequena e a média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra”, e “ a propriedade produtiva” “ são insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária”. Seu parágrafo único estabelece que “ A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social”. Esses requisitos gerais são estabelecidos no art.186 quando diz: “ A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente,

segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bemestar dos proprietários e dos trabalhadores”.

Destaca-se do art 186 que o cumprimento da função social se dá pelo atendimento simultâneo dos seus requisitos para que a propriedade rural seja considerada cumpridora da função social e, deste modo, não estar suscetível à desapropriação agrária. Deste modo, em interpretação com a exceção do art. 185, com recorte para a propriedade produtiva, causa perplexidade admitir-se que esta possa estar incólume à este tipo de desapropriação quando a produtividade é obtida pela utilização por exemplo das áreas de preservação permanente ou quanto as relações de trabalho, não são observadas, violando, muitas vezes o princípio da dignidade da pessoa humana.

MORAES (1999,p.109 apud Melo, Celso A.B de, p.72) registra que “o professor Celso Antônio Bandeira de Mello toma a expressão “ função social” em dois sentidos distintos: “ Numa primeira acepção, considerar-se-á que a função social da propriedade consiste em que ela deve cumprir um destino economicamente útil, produtivo, de maneira a satisfazer as necessidades sociais preenchíveis pela espécie tipológica do bem (ou pelo menos poderá ser utilizada de modo a contraditar estes interesses), cumprindo, destarte, às completas, sua vocação natural, de no molde a canalizar as potencialidades residentes no bem em proveito da coletividade(ou, pelo menos, não poderá ser utilizada de modo a adversá-las)”.

MORAES, ainda se referindo à Celso Antônio, registra que “o emprego da expressão ‘função social da propriedade’ para vinculá-la a objetivos de justiça social, isto é, comprometer o uso d propriedade com um projeto de sociedade mais igualitária ou menos desequilibrada, na qual o acesso à propriedade e o uso dela sejam orientados no sentido de proporcionar novas oportunidades aos cidadãos, independentemente da utilização produtiva que porventura já esteja tendo.”

Conceituando a função social da propriedade, MORAES (1999, p.111 apud. BASTOS, .74) “é um conjunto de normas da Constituição que visa, por vezes, até

com medidas de grande gravidade jurídica, recolocar a propriedade na sua trilha normal”.

3 A PROPRIEDADE RURAL PRODUTIVA QUE DESCUMPRE A FUNÇÃO SOCIAL

A ligeira leitura do art.185 da Constituição Federal pode levar à interpretação de que a propriedade rural produtiva não é passível da desapropriação agrária, sendo, assim, exceção à regra do art.184. Deste modo, poderíamos ter a errônea interpretação de que estes imóveis não estão sujeitos ao cumprimento da função social e seu proprietário está íleso à desapropriação sanção por não está adstrita aos requisitos do art.186.

Célebre é a frase do Ministro Eros Grau no seu voto vista na ADPF 101 ao aludir sobre a interpretação a ser dada à Constituição, consignou que

“..., não se interpreta o direito em tiras; não se interpretam textos normativos isoladamente, mas no seu todo.”

A partir da célebre frase do Ministro Eros Grau, a interpretação dos dispositivos constitucionais a ser levada a efeito é de natureza sistêmica, considerando o Direito em sua integridade. Deste modo, a propriedade rural que não cumpra simultaneamente aos requisitos da função social previstos no art.186, estão passíveis da desapropriação-sanção que é a desapropriação agrária.

MARÉS, registra que “as interpolações do texto constitucional foram intencionais. O art.185 dispõe que o imóvel que seja produtivo é insuscetível de desapropriação, isto tem que ser interpretado como: mesmo que não cumpra a função social, a propriedade produtiva não pode ser desapropriada, o que inverte toda a lógica do sistema constitucional.” Continua MARÉS, “Assim, quando a ideologia determina que a única razão jurídica possível é a defesa da propriedade privada absoluta, passa a ser aceitável a leitura literal do art.185 que conclui que uma propriedade rural que produza riqueza e dê lucro, seja insuscetível de desapropriação e de qualquer outra restrição legal, independentemente de exercer sua função social”. Segundo o autor, “para quem aceita as armadilhas do texto constitucional, a reforma agrária é impossível e realizável apenas em terras públicas, devolutas (o que não é reforma agrária, mas colonização), e nos latifúndios

improdutivos segundo critérios muito baixos de produtividade, para não ferir a liberdade e o patrimônio do proprietário e seus credores. No texto das armadilhas somente serviria para a reforma agrária as áreas improdutivas do ponto de vista economicista, e ainda assim, só depois de desapropriação pela União.

Pois bem, aqui não se está a defender a desapropriação da propriedade rural produtiva cumpridora da função social vez que do contrário estaríamos a ferir frontalmente como texto constitucional, especialmente os títulos título II, capítulo I, “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, art.59, inciso XXII e título VII, capítulo I, “Dos princípios Gerais da Atividade econômica”, art.170.

Ao contrário do que afirma MARÉS, não entendemos que o fato da propriedade rural produtiva não cumprir a função social, por não estar, por interpretação literal do art.185, suscetível à desapropriação agrária, não se sujeita às penalidades previstas em outras normas constitucionais a exemplo da expropriação prevista no art.243 da carta magna, quando nela são identificadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo. Aqui é importante fazer ressalva quanto a data da publicação da obra do professor Carlos Marés em 2003 e a alteração redacional do art.243 pela Emenda Constitucional nº81, de 2014.

Antes da Emenda Constitucional nº 81, a redação do art.243 era a seguinte: “As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.” Além de não incluir a situação de exploração do trabalho escravo, o conceito de gleba gerava muitas dúvidas e discussões judiciais por décadas, vez que muitos julgados definiam glebas a porção da propriedade onde eram localizadas as culturas ilegais de psicotrópicos e não o imóvel rural como um todo, o que levava a imprestabilidade do destino dado pelo dispositivo constitucional vez que, rotineiramente, a dimensão dessas áreas não eram suficientes para a realização de um projeto de reforma agrária.

Em que pese a alteração redacional trazida pela EC 81/2014, a redação original do art.243, já trazia penalidade significativa aos proprietários de imóvel

onde se localizavam plantações ilegais de psicotrópicos à medida que esses eram expropriados sem direito ao ressarcimento econômico por sua perda. Se tratando, assim, de uma expropriação-sanção mais grave que o descumprimento dos requisitos da função social, cuja desapropriação traz o direito à justa indenização, nos moldes previstos no art. 184 da CF.

Seguindo com a interpretação sistêmica da Constituição Federal, MARÉS, afirma que “ Ao submeter a função social à produtividade, esta interpretação desconsidera toda a doutrina e a evolução da teoria da função social e reduz o art. 186 da Constituição a uma retórica cínica.” Que, “se esta interpretação fosse verdadeira, que sentido teria o art. 186 que define os critérios da função social? E que sentido teria os arts. 5º, incisos XXII e XXIII e Título VII, artigo 170, incisos I e II, que indicam uma clara vinculação entre a propriedade privada e a função social? Esta exegese ligeira acaba por comprometer a todos estes dispositivos constitucionais, como se tivessem sido escritos apenas para ludibriar o povo.”

Importante registrar que o art. 186 da Constituição Federal dispõe sobre a função social constituindo-a por ocorrência de requisitos simultâneos e não atrelados à produtividade. Assim, o descumprimento de um dos seus requisitos, enseja a sua desapropriação agrária para aqueles imóveis rurais que não tenham aproveitamento racional e adequado, como a utilização dos recursos naturais disponíveis, ou não preserve o meio ambiente, não atenda a legislação trabalhista, ainda que economicamente produtivo.

4 DECISÕES JUDICIAIS ACERCA DE IMÓVEIS RURAIS PRODUTIVOS QUE NÃO ATENDEM À FUNÇÃO SOCIAL

A jurisprudência nacional vem se formando no sentido de admitir a desapropriação de imóvel rural por interesse social, para fins de reforma agrária, quando, embora produtivo, descumpre simultaneamente os requisitos da função social. Para ilustrar, nos valeremos do artigo de D’A VILA, que faz um apanhado de julgados de admissão da desapropriação agrária de imóveis rurais produtivos descumpridores da condicionante ambiental. Neste sentido reproduzimos os julgados e comentários da autora:

“Em face da atuação do órgão federal executor da reforma agrária foram registrados consideráveis avanços na fiscalização de todos os aspectos da função social, registrando-se a decretação de interesse social para fins de reforma agrária pelo descumprimento da função socioambiental dos seguintes imóveis rurais:

- a) Fazenda Escalada do Norte ou Juliana, município de Rio Maria- PA (DOU de 08/12/2009);
- b) Fazenda Santa Elina, município de Chupinguaia – RO (DOU de 15/04/2010), área do episódio conhecido “Massacre de Corumbiara”.
- c) Outrossim, no âmbito judicial, obteve-se importantes precedentes favoráveis à desapropriação de imóveis que, mesmo atingindo os índices de produtividade, não atendiam os demais aspectos da função social. A seguir, breve relato acerca dos julgados nos referidos feitos.
- d) Processo n.2002.61.07005639-9 – 1ª Vara Federal de Araçatuba (Fazenda Araçá)

Trata-se de sentença prolatada pelo Juízo da 1ª Vara Federal em Araçatuba, o qual expôs estudo sobre os procedimentos para se aferir os índices de produtividade de GUT e GEE, conseguindo demonstrar a validade dos trabalhos produzidos pelos técnicos do INCRA quando da elaboração do Relatório Agrônômico de Fiscalização, e dispensando, para tanto, os serviços do perito judicial.

Assim, bem demonstrou o Juízo a diferença entre área utilizada e área efetivamente utilizada, para elucidar que, na primeira, permite-se o desconto de áreas cuja produção contraria as determinações legais, sendo tidas em tese como áreas não aproveitáveis; a segunda, por sua vez, não permite sejam subtraídas as áreas que, mesmo em desconformidade com a lei, estejam sendo usadas de alguma maneira.

Nessa perspectiva, a área de pasto encontrada na preservação permanente, como exemplo, foi classificada como efetivamente utilizada, porém a produção da área correspondente foi desconsiderada da produção total, provocando a redução do GEE.

Seguindo essa linha de raciocínio, consignou que nenhum procedimento para cálculos dos índices de produtividade deve beneficiar o descumprimento da legislação ambiental, posto que, em assim sendo, não estaria o imóvel incidindo em aproveitamento racional e adequado.

O Juízo considerou que o imóvel rural não estava cumprindo a sua função social, posto que descumpridor dos incisos primeiro e segundo do artigo 186 da Constituição Federal: aproveitamento racional e adequado e preservação do meio ambiente. Assim, vê-se que a sentença prestigia em sua

expressão máxima o cumprimento da função social plena da propriedade, validando os trabalhos realizados pelos técnicos do INCRA para esse fim.

- e) Processo n.2007.72.11.001000-1 – Vara Federal Única de Caçador (Fazenda Campo do Paiol – SC)

O Juízo da Vara Federal de Caçador – SC ratificou a tese de que a propriedade rural somente cumpre a sua função social de forma plena quando atende simultaneamente às condicionantes do artigo 186 da Constituição Federal, o que não ocorreu no caso concreto, uma vez que o imóvel incorrera no uso inadequado dos recursos naturais e devastação do meio ambiente.”

5 CONCLUSÃO

A partir de uma interpretação sistemática do texto constitucional, verifica-se que somente é protegida da desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária a propriedade rural produtiva que atenda simultaneamente os requisitos da função social (utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, observância da legislação trabalhista e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e trabalhadores).

REFERÊNCIAS

D'ÁVILA, Renata de Almeida. A desapropriação por descumprimento da função socioambiental da propriedade: prática administrativa e avanços jurisprudenciais. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/a-desapropriacao-por-descumprimento-da-funcao-socioambiental-da-propriedade-pratica-administrativa-e-avancos-jurisprudenciais> >. Acesso em 14/04/21.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: São Paulo, RT, 1990.

MARÉS, Carlos Frederico. A função social da terra. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor. 2003

MORAES, José Diniz de. A função social da propriedade e a constituição de 1988. Malheiros Editores Ltda. São Paulo. 1999.

DISCRICIONARIDADE E CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Letícia de Amorim Pereira¹

RESUMO

O presente artigo visa estudar o ato administrativo discricionário em face dos princípios norteadores do direito administrativo e, assim, analisar a apreciação destes atos pelo Poder Judiciário.

Palavras-chave: Conceito. Controle Judicial. Limites

ABSTRACT

This article seeks to clarify the discretionary administrative act in view of the guiding principles of the administrative legal regime in order to analyze the feasibility of assessing the discretionary administrative acts by the Judiciary

Keywords: Concept. Judicial Control. Limits

1 INTRODUÇÃO

Para iniciar o estudo sobre a possibilidade de controle dos atos administrativos discricionários pelo poder judiciário, bem como seus limites, é necessário se debruçar sobre o contexto histórico e os conceitos destes institutos. Após identificar as especificidades e seus reflexos, sejam eles legais, governamentais e/ou administrativos, poderemos proceder a análise em face da temática central.

Os atos administrativos, sejam eles vinculados ou discricionários compõem núcleo da função estatal, assim, somente conhecendo seu conceito e sua aplicabilidade, será possível analisá-la sob a ótica de seus reflexos, uma vez que podem vir a definir se é ou não passível de apreciação e limitação por parte do poder judiciário.

¹ Advogada

O tema demonstra ser vital para o âmbito político e atinente ao direito administrativo, tendo em vista que o estudo dos atos administrativos sob a ótica governamental, política e fundamentalista se esbarra na esfera constitucional e, portanto, em princípios fundamentais.

2 CONCEITO HISTÓRICO ESTRUTURANTE

É possível analisar o judiciário pela história e a história pelo judiciário. São duas faces de uma moeda. Assim, temos um contexto histórico que determina grande parte dos assuntos que serão tratados a fio e, com relação direta na atuação limitadora dos atos administrativos e políticos.

O poder judiciário brasileiro sofreu grandes mudanças ao longo dos anos de república. Após 132 anos, continuaremos buscando mudanças neste poder tão fundamental para a manutenção da forma de governo do nosso país. Em face desse contexto e da necessidade, o destaque se mantém na esfera estruturante e no contexto político e social do Brasil até chegar na Constituição de 1988, a qual tem inteira responsabilidade na atribuição de poder ao judiciário e a forma de exercício das atribuições que o constituinte proferiu.

Seguinte ao experimento democrático do Brasil, tivemos um longo período de crise, autoritarismo e reformas, que culminou a necessidade de iniciar um processo de redemocratização. A Constituição de 1988 tinha um importante papel a desempenhar, não somente no tocante ao limite do poder absoluto, ela deveria assegurar todas as gerações de direito. Entre premissas importantes, foi dado destaque para os valores democráticos com ênfase nos direitos sociais.

A constituição de 1988 buscou ampliar os direitos já consagrados antes do período de ditadura militar, uma vez que mundialmente os países já estavam regidos por direitos de primeira e segunda geração. Foi necessário olhar além do limite de poder e no dever jurisdicional de assegurar direitos, buscou-se promover os direitos e incorporar valores de igualdade social e econômica, por exemplo.

Grande parte desta responsabilidade ficou à cargo do poder judiciário que passou a fazer o brinde perfeito entre liberdade ilimitada, dever social e o medo da

regressão. Dessa forma, constituiu no Poder Judiciário um caráter quase indissociável entre política e o direito.

“A extensão e a complexidade dos direitos sociais garantidos, bem como o grau de detalhamento combinados com a capacidade do Judiciário de exercer o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, propiciaram um aumento substancial das áreas de intervenção e atuação pública deste poder. A Lei Maior conferiu capacidade aos magistrados e às cortes judiciais de produzirem impactos sobre o processo de decisão política. Em decorrência, a Constituição transforma-se em um texto programático, operando-se um estreitamento da margem de manobra dos políticos e, consequentemente, ampliando-se o papel político do Judiciário. Ademais, os imperativos de natureza institucional decorrentes da Constituição de 1988 reforçam o papel e o protagonismo políticos do Judiciário e de seus integrantes. O modelo institucional adotado imprime uma face fortemente política ao Judiciário. Esta dimensão política do Judiciário possui estreita ligação com o presidencialismo.”²

De tal forma, a ampliação na margem de atuação do judiciário, especialmente, aquela que faz direta e contínua referência à política, se manifesta no controle dos atos administrativos. Ainda que essa ampliação substancialmente se desenvolva como função de extrema importância, há a necessidade de analisar as consequências em atribuir tanto poder ao judiciário.

Se ele possui função essencial e ainda importante de limitar o poder totalitário, hoje não mais autoritário mas com claro dever de continuar a impedi-lo. Quem limitará o poder judiciário?

3 CONCEITOS E DA VONTADE

Considereei pertinente, antes de adentrar no estudo do ato administrativo discricionário de forma especial, esmiuçar o ato administrativo enquanto gênero, no tocante ao ato vinculado e discricionário, e a natureza jurídica destes para, assim, visualizar suas distinções e por oportuno tentar explicar através destas diferenças a relação lógica para a questão do controle e limite judicial, uma vez que são declarados, ambos, atos jurídicos (comandos jurídicos).

² https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200005 (Sadek)

É de suma importância, colocarmos sob prisma que um dos pontos atinentes a principal diferença e de extrema influência na possibilidade de controle judicial ou não, é o elemento vontade, tendo em vista que, nos atos vinculados, a vontade do agente é irrelevante uma vez que é imperativo da lei, já nos atos discricionários o agente dispõe de uma margem para prática do ato.

Consequentemente na margem atribuída ao ato discricionário estão as implicações ambíguas, entre elas a possível utilização equivocada do instituto pelos agentes administrativos.

Ao passo que adentremos nos outros elementos que compõe o ato administrativo será possível perceber em quais delas é passível comportar adequadamente margem e elemento subjetivo/abstrato, bem como se procede a possibilidade de revisar tais atos.

Os atos são compostos por: Sujeito (quem detém poderes jurídicos-administrativos necessários para produzi-lo); Forma (revestimento externo do ato: sua exteriorização) objeto/conteúdo (disposição jurídica expressada pelo ato); Motivo (situação objetiva que autoriza ou exige a prática do ato); Finalidade (é o bem jurídico a que o ato deve atender) e; Vontade (disposição de produzir o ato, ou, além disso, de atribuir-lhe um dado conteúdo).

4 PRESSUPOSTOS

Além disso, é possível e necessário analisá-los sob a ótica dos seguintes gêneros, pressupostos de existência e pressupostos de validade, onde objeto e pertinência do ato são espécies da existência, assim como sujeito, motivo e requisitos procedimentais, finalidade, causa e formalização (condicionantes de sua lisura jurídica).

No tocante à discussão quanto aos limites do ato discricionário, o motivo, pressuposto de validade, figura uma importante posição, uma vez que se manifesta como um dos balizadores da vontade do agente, tendo em vista a necessidade de corresponderem a supostos fáticos e idôneos para demandar ou comportar a prática daquele específico ato, espelhando, dessa forma, harmonia com a finalidade atribuída em lei.

Assim, corrobora a teoria dos motivos determinantes, que de acordo com o Celso Antonio Bandeira de Mello são:

“os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de motivos de fato falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam.”

Dessa forma, ressaltando que “a invocação de motivos de fato falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando a lei não haja estabelecido antecipadamente os motivos que ensejariam a prática do ato”, percebemos que o critério e a vontade do agente posta nos motivos possuem limites.

Celso Antonio Bandeira de Melo corrobora novamente com esse entendimento quando assume categoricamente que:

“Então, se o agente se exceder nessa valoração do motivo, ao ajuizar sobre a correspondência entre o motivo de fato e o motivo legal, o ato será, igualmente, viciado. Em rigor, se a valoração estiver em desacordo com os padrões sociais vigentes, o ato será ilegítimo.”

Assim, ainda que seja necessária uma análise subjetiva quanto à aplicação da finalidade legal, essa análise deve ser estrita a melhor maneira de proceder a aplicação desta finalidade, tendo em vista que os agentes administrativos são configurados como mero gestores do interesse coletivo.

Nesse sentido, afirma Eduardo Garcia de Enterría que:

“os poderes administrativos não são abstratos, utilizáveis para qualquer finalidade, são poderes funcionais, outorgados pelo ordenamento em vista de um fim específico com o que apartar-se do mesmo obscurece sua fonte de legitimidade.”³

Esse entendimento atribui dever ao agente administrativo e impondo-lhe limite utilizando o vínculo de pertinência entre o motivo e o conteúdo do ato.

³ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; RAMON FERNANDEZ, Tomas. Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Civitas, 1974. v.I, p. 302

5 DOS PRINCÍPIOS

Destaca-se que os próprios julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário devem ser fundamentados, sob pena de nulidade, de maneira que, poderá o poder judiciário analisar se no ato discricionário praticado houve a aplicação de princípio extremamente importantes para a validade do ato, são eles, o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

Conclui-se assim que aqueles atos desprovidos de razoabilidade e da proporcionalidade bem como de outros princípios gerais do direito, constituem além de ato inválido, ato juridicamente irrazoável, alcançando o mundo jurídico não só por ser um ato jurídico mas por ser um ato administrativo com reflexos negativos e contrários a ordem jurídica.

A necessidade de adequação e, seus limites, visam a conformidade e a habilitação ao rigoroso alcance de seus fins, revestida de legitimidade uma vez utilizada para a realização de interesses públicos.

É importante assumir o entendimento principal, atribuído ao agente que pratica ato discricionário por ocasião da prática de certa competência,

“[...] pois será sempre vinculado com relação ao fim e à competência, pelo menos. Do mesmo modo, a finalidade do ato é sempre e obrigatoriamente um interesse público, donde afirmarem os doutrinadores que existe vinculação também com respeito a este aspecto [...]” (STJ, RMS 20.271/GO 2005/0105.910-7, 1.ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 26.05.2009, DJ 06.08.2009) (grifos nossos).

Assume nesta pauta a discussão entre a qualificação do interesse público, uma vez que comporta certa abstração, sendo resolvida pela não confusão entre arbitrariedade, ou seja, que depende apenas da vontade ou arbítrio daquele que age, e discricionariedade. Se o agente agir na arbitrariedade fugindo da aplicação da lei, o ato se torna ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente. Já ao agir discricionariamente o agente estará, quando a lei lhe outorgar tal faculdade, cumprindo a determinação normativa de ajuizar sobre **o melhor meio** de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação legal quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto.

Para a discricionariedade, portanto, não é necessário apenas o cumprimento da determinação normativa mas a melhor solução para atender o interesse público, classificada ainda por ser restrita àquela solução considerada ótima para o ato.

Celso Antonio Bandeira de Melo entende consequente a isso que,

“Assim, o poder judiciário, deverá invalidar atos que incorram nos vícios apontados, pois nestes casos, não há realmente discricção, mas vinculação, ou a discricção não se estende até onde se pretendeu que exista, já que discricionariedade é margem de liberdade que efetivamente exista perante o caso concreto. Discricionariedade ao nível da norma pode ou não engendrar discricção em face de uma específica situação ocorrente na realidade empírica, e, de toda sorte, estará sempre restringida aos limites que a situação vertente comporta.”

E Di Pietro reafirma:

“O controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito. De nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados (DI PIETRO, 2014, p. 827)

Desse modo, é visível que o controle judicial constitui função fundamental no sistema jurisdicional brasileiro, sendo dele a única decisão que transita em julgado e torna coisa julgada imutável.

6 CONCLUSÃO

6.1 Controle pelo poder judiciário

Além de ser de direito a apreciação do poder judiciário atestada no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, é necessária a utilização de controle extemo a ser exercido em face dos atos administrativos, uma vez que, o abuso de qualquer prerrogativa deve ser passível de revisão, inclusive os atos do próprio poder judiciário, o qual deve ou melhor dizendo, deveria sofrer certa limitação.

Dessa forma, como limite ao controle do judiciário há que se entender não ser possível ultrapassar a esfera dos caracteres legais e pragmáticos do ato administrativo, zelando pela legalidade do ato administrativo e não se esforçando a caber no papel social de legitimidade política. Quanto à discricionariedade do agente naquilo que

está amparado na legalidade, é necessário corroborar para a manutenção do dever de respeitar a vontade do legislador em dar a liberdade de escolha ao agente público.

O dever de zelo pelo estado democrático de direito está elencado como preocupação precípua do poder judiciário e, ainda que esteja munido de grande poder político também deverá se atentar aos limites constitucionais e buscar o equilíbrio entre poder autoritário e a ausência de poder.

Conclui-se, portanto, que o entendimento atual é de que o administrador da coisa pública, possui o dever de balizar o ato discricionário nos princípios da administração pública, mas somente a ilegalidade do ato culminará na possibilidade de controle judicial.

E, sendo praticados atos contrários ao interesse público, deve haver a obediência ao poder do povo para limitar e controlar combas e nestes pressupostos. Garantindo que o judiciário participe no que cabe ao direito e o povo no que lhe cabe quanto à democracia. E, ainda que o direito e política se confunda, existe um balizador primordial entre o certo e o errado, o equilíbrio de prerrogativas.

REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; RAMON FERNANDEZ, Tomas. Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Civitas, 1974. v.I, p. 302

STJ, RMS 20.271/GO 2005/0105.910-7, 1.^a T., rel. Min. Luiz Fux, j. 26.05.2009, DJ 06.08.2009

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 30. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 10 de abril. de 2021.